Die Einwirkung der Konkurseröffnung auf schwebende Rechtsverhältnisse,

insbesondere nach den §§ 17 und 26 der Konkursordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Rechtsanwalt Unger
in Breslau.

ACAD. LEGUM BAT. BIBL.

Breslau 1912.
Druck von Max Bermann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0022

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

Grundbegriffe 1

II. Die Bestimmungen der Reichsgesetze.

a) Der Lauf der Verjährung 2
b) Das Gesellschaftsrecht 5
c) Das Familienrecht 6
d) Das Versicherungsrecht 8
e) Das Verlagsrecht 10

III. Die besonderen Bestimmungen der Konkursordnung.

A. Allgemeines 12
B. Die Einwirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners 14
a) Die Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners . . 15
b) Der Fortbestand des von der Erfüllungsablehnung betroffenen Vertrages 16
c) Die Aktivlegitimation des Gemeinschuldners zur Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs aus dem von der Ablehnungserklärung betroffenen Vertrage 18
C. Die Einwirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf die Rechtsstellung des Vertragsgegners.
a) Der Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners 24
b) Der Anspruch des Vertragsgegners auf die Vertragsstrafe 36
D. Die Wirkungen einer vom Verwalter auf die Konkursmasse beschränkten Erfüllungsablehnung sowie des Verzichts des Verwalters auf Geltendmachung der Erfüllungsansprüche für die Masse 41
E. Der Einfluß der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf das Rechtsschicksal einer vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlung . 52
F. Das Rechtsschicksal des zweiseitigen Vertrages im Konkurse für den Fall des Schweigens von Verwalter und Vertragsgegner 61

IV. Schluss.

Zusammenfassung der Abhandlung im Hinblick auf die Haftbarkeit des Verwalters für die Folgen der Erfüllungsablehnung 63

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Amon, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse. Erlanger Dissertation 1896.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig.

Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. Bd. 1. Nürnberg und Leipzig.

Dernburg, Pandekten, Bd. I, 7. Auflage. Berlin 1902.

Eccius, Besprechung des Kommentars zur Konkursordnung von Sarwey-Bossert bei Gruchot Bd. 44, S. 774 ff.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. Leipzig 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft. Leipzig.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Auflage. Berlin 1904.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 6. Auflage. Berlin 1892.

Fuld, Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, im Sächs. Arch. für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 9, S. 337 ff.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Auflage, Bd. 1. Tübingen 1911.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius. Berlin.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen:
Bd. 4. Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.
Bd. 6. Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.
Bd. 7. Materialien zum Gesetz betreffend Änderungen der Konkursordnung. Berlin 1898.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Auflage, Bd. 1 1907—1911. Berlin.

Josef, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. Berlin 1908.

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwalt-Vereins, herausgegeben von Neumann. Berlin.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgegeben von Düringer, Jaeger und Könige. München.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 1. Allgemeiner Teil. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1898.

Oetker, Über den Einfluß des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 14, S. 1 ff.

Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage. Lahr 1900.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3. Auflage. Berlin 1907.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel. München.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig.

Sarwey, v., Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage, bearbeitet von Bossert. Berlin 1901.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert. Leipzig.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von Schütt. München und Berlin.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Bd. I, bearbeitet von Könige, Bondi und Pinner, 9. Aufl. Berlin 1912.
Bd. II, bearbeitet von Könige, Stranz und Pinner. 8. Auflage. Berlin 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bügerlichen Gesetzbuch. Bd. I, Allgemeiner Teil, erläutert von Loewenfeld und Rietzler, 7./8. Auflage. München und Berlin 1912.
Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse. Erster Teil, erläutert von Kuhlenbeck und Kober, 6. Auflage. München und Berlin 1910.

Wilmowski, v., Deutsche Reichskonkursordnung, fortgesetzt von Kurlbaum und Kühne, 6. Auflage, Berlin 1906.

Willenbücher, Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, 3. Auflage, bearbeitet von Günther. Berlin 1909.

Wolff, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1900.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, herausgegeben von Schulzenstein und Vierhaus. Berlin.

Abkürzungen.

Bei der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken sind hinsichtlich der Abkürzungen im wesentlichen die Vorschläge des Deutschen Juristentages (2. Ausgabe bei Guttentag, Berlin 1910) beobachtet worden.

I. Einleitung.

Grundbegriffe.

Der „Konkurs“ ist das gerichtliche Verfahren, das die gleichmäßige Verteilung des zur völligen Befriedigung der Gläubiger voraussichtlich unzureichenden Vermögens des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter bezweckt. Zur Herbeiführung dieses Zweckes werden „Massen“ gebildet. Das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners (§ 1 KO.), die „Konkursmasse“ wird in Geld umgesetzt und als „Teilungsmasse“ den gleichfalls in Geld umgesetzten Ansprüchen gegen den Gemeinschuldner, der „Schuldenmasse“, gegenübergestellt.

Die Bildung der Massen erfordert naturgemäß die schleunige Abwickelung der schwebenden Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners. Deren Lösung im Konkurse ist darum im geltenden Rechte eingehend geregelt. Die hieran sich knüpfenden Hauptfragen sollen in dieser Abhandlung erörtert werden.

II. Die Bestimmungen der Reichsgesetze.

Bei der hohen Entwickelungsstufe des modernen Verkehrslebens, das tagtäglich den Abschluß vieler

Rechtsgeschäfte erfordert, finden sich naturgemäß bei der Mehrzahl der in wirtschaftliche Gebiete eingreifenden Reichsgesetze Vorschriften, welche die Einwirkung der Konkurseröffnung auf schwebende Rechtsverhältnisse regeln.

Diese Gesetzesbestimmungen werden, soweit sie die Vertragserfüllung oder die Beendigung des Rechtsverhältnisses betreffen[1]), und soweit nicht in den §§ 18 bis 24 KO. eine Sonderregelung getroffen ist, durch die Konkursordnung nicht berührt. (§ 26 KO.)

Der wichtigsten von ihnen sei kurz Erwähnung getan[2]):

a) Der Lauf der Verjährung.

Dieser wird durch die bloße Tatsache der Konkurseröffnung weder gehemmt noch unterbrochen. (Das war im § 13 der alten Konkursordnung besonders zum Ausdrucke gebracht.) Die Unterbrechung der Verjährung tritt vielmehr erst mit der Anmeldung der Forderung im Konkurse ein. (§ 209 BGB.) Im § 13 der alten Konkursordnung war noch hervorgehoben, daß nur die Verjährung einer „Konkursforderung" durch die Anmeldung unterbrochen wurde. Wenn das BGB. nur schlechthin von der Anmeldung des „Anspruchs" spricht, so liegt hierin kein sachlicher Unterschied. Denn die „Anmeldung" im Sinne der

---

[1]) Nicht dagegen, soweit es sich um die Rückforderung des bereits an den Gemeinschuldner Geleisteten handelt; in dieser Beziehung ist § 26 KO. die lex specialis (vergl. die Protokolle der Reichstagskommission von 1876 S. 202).

[2]) Vergl. die systematische Übersicht bei Jaeger S. 275 ff.

Konkursordnung kann nur eine Konkursforderung zum Gegenstande haben (§ 138 KO.).

Von erheblich praktischer Bedeutung ist die Frage, in welchem Zeitraume die gegen eine vom Konkurse betroffene offene Handelsgesellschaft gerichteten Forderungen den einzelnen Gesellschaftern gegenüber verjähren:

Nach § 159 Abs. 1 HGB. verjähren die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach der — durch die Konkurseröffnung bewirkten (§ 131 Nr. 3 HGB.) — Auflösung der Gesellschaft, „sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt".

Die angeführten Schlußworte sind infolge ihrer wenig korrekten Fassung, die schon Hahn (Materialien Bd. 6 S. 280) beim alten HGB. Art. 146 mit Recht tadelt, vereinzelt dahin gedeutet worden, daß damit der Anspruch gemeint sei, wie er sich der aufgelösten Gesellschaft gegenüber darstelle. Dieser gegenüber trete nach § 209 Nr. 2 BGB. infolge der Anmeldung des Anspruchs im Konkurse die Unterbrechung der Verjährung ein; sie laufe nach der widerspruchslosen Feststellung des Anspruchs in allen Fällen noch dreißig Jahre gegen die zwar aufgelöste, aber als Liquidationsgesellschaft fortdauernde Gesellschaft. Die dreißigjährige Verjährungsfrist greife, da nach § 159 HGB. die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft auch gegen die Gesellschafter wirke, den letzteren gegenüber mit der Einschränkung Platz, daß bei diesen die Frist von dreißig Jahren

durch § 159 BGB. auf fünf Jahre herabgesetzt werde.

Dieser insbesondere von Jaeger in der Leipziger Zeitschrift (1910 S. 26) verteidigten Auffassung tritt die herrschende Meinung mit Recht entgegen:

> RG. Bd. 70 S. 323 ff., Beschluß der vereinigten Zivilsenate vom 27. Januar 1910 in RG. Bd. 74 S. 63, Staub Bd. 1 S. 641 Anm. 9 zu § 159 HGB.

Sie weist mit Recht darauf hin, daß der Sinn und Zweck des § 159 HGB. dahin gehe, die durch den Konkurs herbeigeführte kritische Lage des Gesellschafters, die ganz besonders einer schleunigen Klarstellung bedürfe, zu verbessern und nicht zu verschlechtern. Darum habe der Gesetzgeber die Frage nach der Verjährung der gegen die Gesellschaft gerichteten Ansprüche den Gesellschaftern gegenüber — ohne Rücksicht auf die durch die Anmeldung und Feststellung herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung — durch § 159 HGB. ausschließlich regeln wollen.

Hiernach kommt es allein darauf an, welcher Verjährung der gegen die Gesellschaft gerichtete Anspruch seiner Rechtsnatur nach unterliegt. Ist die Verjährungsfrist von kürzerer als fünfjähriger Dauer, so verbleibt es dabei; ist sie von längerer Dauer, so wird sie auf fünf Jahre herabgesetzt.

Für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften enthält eine den §§ 159, 160 HGB. entsprechende Regelung der § 123 Gen.-Ges., wo noch nach veralteter Terminologie von der Verjährung der „Klage" die Rede ist.

b) Das Gesellschaftsrecht.

Hier äußert sich die Wirkung der Konkurseröffnung in der Beendigung einer Reihe von Rechtsverhältnissen:

Gerät ein Gesellschafter in Konkurs, so werden aufgelöst: die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (§ 728 BGB.), die stille Gesellschaft (§ 335 HGB. i. Verb. mit § 728 BGB.), die offene Handelsgesellschaft (§ 131 Nr. 5 HGB.) und die Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 i. Verb. mit § 131 Nr. 5 HGB.)

Durch die Eröffnung des Konkurses über das Sondervermögen der Gemeinschaft werden aufgelöst: die offene Handelsgesellschaft (§ 131 Nr. 3 HGB.) und die Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 i. Verb. mit § 131 Nr. 3 HGB.)

Die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts ist nicht passiv vollstreckungsfähig (§ 736 ZPO.), mithin auch nicht konkursfähig.

Ebensowenig ist es nach der herrschenden und richtigen Ansicht die stille Gesellschaft.

Literatur bei Jaeger S. 276 Anm. 8 zu § 25.

Denn die stille Gesellschaft ist nach dem Systeme des HGB. zwar eine Gesellschaft aber keine „Handelsgesellschaft". Eine analoge Anwendung der für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft gegebenen Vorschriften kann nicht Platz greifen. Der gesetzgeberische Grund, der bei diesen Gesellschaften für die Zuläßigkeit eines Sonderkonkurses spricht, liegt in dem Vorhandensein eines für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftenden Gesellschaftsver-

mögens. Ein solches ist aber bei der stillen Gesellschaft gerade ausgeschlossen. (§ 335 Abs. 2 HBG.)

Im Anschlusse an die vorstehenden Erörterungen ist hervorzuheben, daß die Gesetzesterminologie, wonach die erwähnten Gesellschaften durch die Konkurseröffnung „aufgelöst" werden, irreführend ist. Denn durch die Auflösung wird noch nicht notwendig zugleich auch die Beendigung eines jeglichen zwischen den Gesellschaftern bestehenden Rechtsverhältnisses herbeigeführt.

Allerdings hört mit Konkursbeginn bei den Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts die Förderung des vertragsmäßigen Gesellschaftszweckes, bei den erwähnten Handelsgesellschaften der Betrieb des Handelsgewerbes auf. Die Gesellschaft als solche bleibt aber, unter Fortdauer der Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander, als Liquidationsgesellschaft bestehen.

Das ist durch die Fiktion des § 730 Abs. 2 Satz 1 BGB. ausdrücklich nur für die Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts bestimmt, muß aber auch für die Handelsgesellschaften gelten.

Vergl. Staub Bd. 1 Anm. 1 zu § 131 HGB., RG. Bd. 16 S. 2, Bd. 28 S. 132, Bd. 54 S. 281 und Bolze Bd. 19 Nr. 618.

Es ist also daran festzuhalten, daß nicht schon durch die Konkurseröffnung, sondern grundsätzlich erst durch die Erledigung der Liquidation die Rechtsgemeinschaft der Gesellschafter beendet wird.

c) Das Familienrecht.

Auf eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die dem Familienrecht angehören, ist der Konkurs von erheblichem Einflusse:

Nach § 1419 BGB. endigt die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes am eingebrachten Gute der Ehefrau mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes — nicht der Frau — eröffnet wird. Nach der Beendigung des Konkursverfahrens lebt die Verwaltungsgemeinschaft nicht wieder von selbst auf. Deren Wiederherstellung kann auch nicht im Wege der Klage, sondern lediglich gemäß § 1432 BGB. durch Abschluß eines Ehevertrages herbeigeführt werden. Wird die Ehe erst geschlossen, nachdem der Konkurs über das Vermögen des Mannes bereits eröffnet ist, so erlangt dieser trotz Schwebens des Konkursverfahrens die Verwaltung und Nutznießung am Eingebrachten seiner Ehefrau.

Auch die Errungenschaftsgemeinschaft endigt nach § 1543 BGB. mit der rechtskräftigen Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes. Hier kann aber die Frau — nicht dagegen der Mann — auf Wiederherstellung der Gemeinschaft klagen. (§ 1547 Abs. 1 BGB.)

Auf die allgemeine Gütergemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft ist die Konkurseröffnung an sich ohne Einfluß. Doch gibt die mit der Konkurseröffnung regelmäßig verbundene Überschuldung des Gesamtgutes der Frau das Recht, auf Aufhebung der Gemeinschaft zu klagen, sofern die Überschuldung in Verbindlichkeiten ihren Grund hat, die in der Person des Mannes entstanden sind, und sofern sie einen derartigen Umfang angenommen hat, daß dadurch ein späterer Erwerb der Frau erheblich gefährdet wird. (§§ 1468 Nr. 5, 1549 BGB.)

d) Das Versicherungsrecht.

Das Versicherungsvertragsgesetz vom 30. Mai 1908 regelt eingehend die Einwirkung der Konkurseröffnung auf die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse:

a) Ist über das Vermögen des Versicherers der Konkurs eröffnet, so bleibt das Versicherungsverhältnis noch einen Monat seit Erlaß des Eröffnungsbeschlusses wirksam; mit Ablauf dieser Frist erlischt es. Während dieses Zeitraums bleibt es der Konkursmasse gegenüber wirksam. (§ 13 V. V. Ges.)

> Eine Besonderheit gilt für die Lebensversicherungen. Hier erlöschen die Versicherungsverhältnisse schon mit der Konkurseröffnung. (§ 61 Abs. 2 V. A. Ges.)

Diese Vorschrift enthält insofern nicht zwingendes Recht, als vereinbart werden kann, daß das Versicherungsverhältnis schon früher endigen solle; dagegen kann durch die Versicherungsbedingungen die Konkursmasse nicht über den Monat hinaus an das Versicherungsverhältnis gebunden werden. Der Versicherungsnehmer hat also während dieses Monats die Prämien an die Konkursmasse zu zahlen. Andererseits kann er für einen während dieser Zeit etwa eingetretenen Versicherungsfall seinen Anspruch auf Zahlung der Entschädigung gemäß § 59 Nr. 2 KO. als Masseschuld geltend machen. (Josef, Anm. 1 zu § 13 V. V. G.) Dagegen sind die Ansprüche auf Zahlung einer Entschädigung für einen vor Konkurseröffnung eingetretenen Versicherungsfall bloße Konkursforderungen.

Hat der Versicherungsnehmer Prämien über den Zeitpunkt der Beendigung des Versicherungsverhältnisses hinaus gezahlt, so kann er diese zurückverlangen. Sein Anspruch stellt aber nur eine Konkursforderung dar (Josef, Note 2 zu § 13 V. V. G.); auch muß er sich einen entsprechenden Teil der aufgewendeten Kosten, insbesondere der an den Agenten gezahlten Abschluß- oder Einkassierungsprovision, abziehen lassen.

b) Gerät der Versicherungsnehmer in Konkurs, so kommt hinsichtlich einer für diesen Fall getroffenen Vereinbarung über die Beendigung des Versicherungsverhältnisses § 14 Abs. 1 V. V. G. zur Anwendung. Danach stellt sich die Rechtslage folgendermaßen dar:

Damit dem Konkursverwalter Gelegenheit gegeben ist, bei Kündigung des Versicherungsverhältnisses eine neue Versicherung für die Masse abzuschließen, ist bestimmt, daß zwischen Aufkündigung und Beendigung eine Frist von mindestens einem Monat liegen muß. Kündigt der Versicherer nicht oder ist hinsichtlich seiner Kündigungsbefugnis nichts vereinbart, so verbleibt es bei der Vorschrift des § 17 KO.:

Danach dauert, wenn der Versicherungsnehmer die Prämien schon bezahlt hat, das Versicherungsverhältnis fort; ist aber der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt, so hat der Konkursverwalter die Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Versicherungsverhältnisses. Wählt er die Nichterfüllung, so hört damit für den Versicherer die Verpflichtung zur Leistung auf. Wählt er die Erfüllung, so muß er die Prämien gemäß § 59 Abs. 2 KO. als Masseschulden an den Versicherer entrichten.

Ist der Versicherungsfall vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers eingetreten, so gehört der Anspruch auf die Versicherungssumme zur Konkursmasse (§ 1 Abs. 1 KO.). Um aber bei der Haftpflichtversicherung die Konkursgläubiger nicht dem ersatzberechtigten Dritten gegenüber zu bevorzugen, bestimmt § 157 V. V. G., daß dieser an der Entschädigungsforderung des Versicherungsnehmers ein Absonderungsrecht haben soll.

Ist bei einer Lebensversicherung bedungen, daß nach dem Tode des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme an die „Erben" gezahlt werden soll, so gehört der Anspruch auf die fällige Versicherungssumme im Zweifel nicht zum Nachlaßkonkurse (§ 167 V. V. G., ebenso die bisherige Rechtsprechung z. B. RG. Bd. 62 S. 259). Läuft dagegen die Lebensversicherung noch zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers, so gehört, wie sich aus § 166 V. V. G. ergibt, der sog. Rückkaufswert der Versicherung „im Zweifel" auch dann zur Masse, wenn der Versicherungsschein einen bestimmten bezugsberechtigten Dritten nennt.

e) Das Verlagsrecht.

Auch für den Verlagsvertrag ist in den §§ 36 ff. des Verl.-Ges. eine ausführliche Regelung der Einwirkung des Konkurses über das Vermögen des Verlegers gegeben.

Das Wichtigste sei hier kurz hervorgehoben[1]):

[1]) Vergl. die ausführliche Darstellung bei Jaeger Anm. 56 ff. zu § 17 KO. S. 212 ff.

Mit der Ablieferung des Werkes an den Verleger hat an sich der Verfasser seine Verpflichtung aus dem Verlagsvertrage erfüllt. Das Wahlrecht des Verwalters zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung, das nach § 17 KO. bei erfüllten Verträgen ausgeschlossen ist, ist aber nach § 36 Abs. 1 Verl.-Ges. auch dann gegeben, wenn das Werk zur Zeit der Konkurseröffnung bereits abgeliefert war. Auf die Wirkungen der Betätigung des Wahlrechts des Verwalters ist unten zu III. ausführlich einzugehen. Hier sei nur folgendes erwähnt:

a) Wenn der Verwalter auf Erfüllung des Verlagsvertrages besteht, so erwachsen hieraus für den Verfasser Masseschuldansprüche. (§ 59 Nr. 2 KO.) Der Verwalter kann aber auch die Rechte des Verlegers auf einen Dritten übertragen. Die Verpflichtungen aus dem Verlagsvertrage treffen sodann an Stelle des Konkursverwalters, d. h. der Konkursmasse, den Erwerber. Die Masse wird damit aber dem Verfasser gegenüber nicht sämtlicher Pflichten ledig. Sie haftet nämlich kraft Gesetzes diesem wie ein selbstschuldnerischer Bürge für den Schaden, der ihm aus der Vertragsverletzung des Erwerbers erwächst. Der Anspruch auf Schadensersatz ist bei Aufhebung des Konkursverfahrens sicher zu stellen. (§ 36 Abs. 2 Verl.-Ges.)

b) Wenn der Verwalter die Erfüllung ablehnt, so erlischt sein Erfüllungsanspruch, und für den Verleger erwächst eine Konkursforderung auf Ersatz. (§§ 17 Abs. 2, 26 KO.)

c) Der Verfasser kann unter Umständen aber auch noch nach Ablieferung des Werkes das Wahlrecht des Konkursverwalters hinfällig machen. Es steht ihm

nämlich, wenn mit der Vervielfältigung des Werkes zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht begonnen war, ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, auf welches die für das vertragliche Rücktrittsrecht gegebenen Vorschriften der §§ 346 bis 356 BGB. Anwendung finden. (§ 37 Verl.-Ges.) Dem hierdurch geschaffenen Schwebezustand kann der Verwalter dadurch ein Ende bereiten, daß er dem Verfasser zur Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist setzt. Nach deren fruchtlosem Ablauf erlischt die Rücktrittsbefugnis des Verfassers (§ 355 BGB.).

III. Die besonderen Bestimmungen der Konkursordnung.

A. Allgemeines.

Im zweiten „Erfüllung der Rechtsgeschäfte" überschriebenen Titel des ersten Buches enthält die Konkursordnung selbst eine Reihe von Sondervorschriften, welche die Abwickelung bestimmter Vertragsverhältnisse des Gemeinschuldners für den Fall des Konkurses betreffen.

Eine allgemeine Vorschrift für noch unerledigte gegenseitige Verträge enthält § 17 KO.

Für Fixgeschäfte, Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse, für Aufträge, sowie die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche enthalten die §§ 12 bis 24 KO. Sonderregelungen, welche der Eigenart dieser Rechtsverhältnisse Rechnung tragen.

Der durch die Überschrift angedeuteten Abgrenzung des Themas entsprechend soll im Rahmen

dieser Arbeit von den konkursrechtlichen Vorschriften in der Hauptsache zunächst der § 17 KO. behandelt werden.

Er bestimmt:

„Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung „des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner „und von dem anderen Teile nicht oder nicht voll„ständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an „Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen „und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.

„Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen „Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht ein„getreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er „die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so „kann er auf Erfüllung nicht bestehen."

Die angeführte Gesetzesvorschrift betrifft ausschließlich „zweiseitige" Verträge; das sind die vom BGB. als „gegenseitige" Verträge bezeichneten Rechtsgeschäfte, die auf gegenseitige Leistung gerichtet sind.

Sie bezieht sich auch nur auf solche Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Wann ein Vertrag vollständig erfüllt ist, richtet sich nach der Natur des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses.

Über das Anwendungsgebiet des § 17 KO. vergl. im Einzelnen Jaeger Anm. 1 S. 188 ff.

Der § 17 enthält eine dem § 320 BGB. entsprechende Billigkeitsvorschrift. Es würde eine durch nichts begründete Benachteiligung des Gläubigers bedeuten, wollte man diesen bei noch beiderseits unerfüllten

Austauschverträgen zur vollen Leistung nötigen und ihn wegen der Gegenleistung auf die Konkursdividende verweisen. Andererseits muß dem Verwalter die Möglichkeit gegeben sein, die Erfüllung eines für die Masse keinen Vorteil bietenden Rechtsgeschäfts von dieser abzuwenden.

Darum verleiht ihm der § 17 die Wahl zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung.

Wenn er von der ihm nach Abs. 1 zustehenden Befugnis, den Vertrag anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen, Gebrauch macht, so muß er selbst den Gläubiger so befriedigen, wie dieser es an sich vom Vertragsgegner zu beanspruchen hatte. (§ 59 KO.)

Das Recht des Konkursverwalters zur Erfüllungsablehnung versteht sich, obwohl es ihm durch das Gesetz nicht besonders verliehen ist, von selbst. (Vergl. Hahn Bd. 4 S. 86.) Er kann es nach Abs. 2 Satz 1 auf Erfordern des Vertragsgegners ausüben; es muß ihm aber, wie unbestritten ist, auch ohne daß er zur Erklärung aufgefordert worden ist, zugestanden werden. (Vergl. Jaeger S. 204 Anm. 42 zu § 17.)

Die Wirkungen der Erfüllungsablehnung kennzeichnet Satz 2 des Abs. 2 dahin, daß „er", d. h. der Verwalter, nicht mehr auf Erfüllung bestehen kann.

Über

B. Die Einwirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners

gibt § 17 KO. dagegen nicht Aufschluß.

Die Lösung der bis dahin zu präzisierenden Aufgabe:

Ist der Gemeinschuldner nach der Erfüllungsablehnung berechtigt, seinerseits den Vertragsgegner auf Erfüllung zu verklagen?

gipfelt in der Beantwortung folgender Fragen:

a) Ist der Gemeinschuldner prozeßfähig?

b) Bleibt der Vertrag, auf den er die Klage im Einzelfalle stützen könnte, trotz der Erfüllungsablehnung durch den Verwalter bestehen?

c) Ist der Gemeinschuldner zur Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs aktiv legitimiert?

Diese Fragen seien nachstehend erörtert.

a) Die Prozessfähigkeit des Gemeinschuldners.

Nach § 52 ZPO. ist eine Person insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Daraus in Verbindung mit der Bestimmung des § 6 KO., wonach mit der Eröffnung des Verfahrens der Gemeinschuldner die Befugnis zur Verwaltung und Verfügung über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen verliert (Abs. 1) und wonach das Verwaltungs- und Verfügungsrecht durch einen Konkursverwalter ausgeübt wird (Abs. 2), folgern manche Schriftsteller, der Gemeinschuldner sei in Prozessen, welche die Konkursmasse betreffen, prozeßunfähig.

Wilmowski Note 3 f, S. 28, Note k S. 30; Endemann § 26 S. 108; Petersen-Kleinfeller §§ 10 ff., S. 65 Anm. 1; Willenbücher S. 18 Anm. 4 zu § 6 vgl. auch RG. Bd. 26 S. 68 und in LZ. 1908, S. 706 No. 3, wo der Aufhebung des Konkursverfahrens die Wirkung beigelegt wird, daß der Gemeinschuldner „wieder prozeßfähig" werde.

Die Ansicht ist unzutreffend:

Indem § 52 ZPO. den Begriff der Prozeßfähigkeit auf den der vertraglichen Verpflichtungsfähigkeit

zurückführt, verweist er auf das BGB., das die Verpflichtungsfähigkeit als einen Ausfluß der Geschäftsfähigkeit ansieht (§§ 107, 108 BGB.). Nun herrscht darüber, daß der Gemeinschuldner geschäftsfähig ist, sofern er es bisher war, kein Zweifel. Ist aber durch die Eröffnung des Konkurses seine Geschäftsfähigkeit nicht eingeschränkt worden, so bleibt auch die Verpflichtungsfähigkeit bestehen. Denn diese ist, mag auch der Zweck einer Obligation regelmäßig auf Herbeiführung einer Vermögensverschiebung gerichtet sein, ihrem Inhalte nach eine der Person selbst zukommende Eigenschaft. Die Person des Gemeinschuldners verliert jedoch durch die Konkurseröffnung nach § 6 Abs. 1 KO. nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, also auch nur die Befugnis, sich mit Bezug auf ihr zur Masse gehöriges Vermögen zu verpflichten, nicht dagegen die Fähigkeit, das Recht hierzu. Dieses bleibt ihm, nur wird es im Interesse der Durchführung des Konkurszwecks vom Verwalter „ausgeübt". (§ 6 Abs. 2 KO.)

Ebenso Gaupp-Stein S. 155, Note I zu § 52, S. 150, Note III C zu § 51; Hellwig, Anspruch S. 208; Eccius bei Gruchot Bd. 33, S. 732; Jaeger S. 90 Anm. 30 zu § 6; Kohler, S. 300; Sarwey-Bossert S. 77 Anm. 1 zu § 10.

Hiernach ist die Frage nach der Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners zu bejahen.

b) Der Fortbestand des von der Erfüllungsablehnung betroffenen Vertrages.

In der Literatur und Rechtsprechung wird im Anschluß an die Motive (Hahn Bd. 4 S. 103) mit Recht die Meinung vertreten, die in Ausübuug des Wahlrechts aus § 17 KO. erklärte Erfüllungsablehnung des

Verwalters berühre nicht den rechtlichen Bestand des zweiseitigen Vertrages.

Vgl. u. a. Jaeger S. 206 Anm. 44 zu § 17; Staub, HGB. Bd. 2 S. 1722, Exk. zu § 382 Anm. 83; Wilmowski S. 97 Anm. 6 zu § 17; RG. Bd. 11 S. 51, Bd. 17 S. 80, Bd. 26 S. 94, Bd. 56 S. 240.

Diese Auffassung entspricht auch dem Inhalt und Wortlaute des § 17 KO.:

Nach Abs. 2 Satz 2 hat das Schweigen des Verwalters, wenn er vom Vertragsgegner zur Erklärung über sein Erfüllungsverlangen aufgefordert worden ist, zur Folge, daß er „auf Erfüllung nicht bestehen" kann, eine Wirkung, die erst recht einer ausdrücklichen Erfüllungsverweigerung zukommen muß. Schließt diese also lediglich die Geltendmachung eines bestimmten Vertragsanspruchs, des Erfüllungsanspruchs aus, so ist damit gleichzeitig zum Ausdrucke gebracht, daß durch sie die Geltendmachung anderer Vertragsansprüche, mithin auch der Rechtsbestand des Vertrages selbst, nicht berührt wird. Allerdings könnten, soweit besondere Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts beständen, welche die Wirkung einer Erfüllungsablehnung auf den Bestand des Vertrages speziell regelten, diese neben § 17 KO. in Frage kommen (§ 25 KO.). Doch das BGB. enthält darüber keine Vorschrift; insbesondere verleiht es dem Verwalter kein einseitiges Rücktrittsrecht. Der in § 108 Abs. 1 BGB. enthaltene Rechtsgedanke kann auch dann nicht herangezogen werden, wenn man den Konkursverwalter als den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners ansieht. Denn hiernach wird durch die Weigerung des gesetzlichen Vertreters zur Genehmigung eines vom Minderjährigen

geschlossenen Vertrages nicht etwa ein wirksames Vertragsverhältnis aufgelöst, sondern nur verhindert, daß ein unwirksamer Vertrag Rechtswirksamkeit erlange, wogegen § 17 KO. den Bestand eines wirksamen Vertrages schon voraussetzt.

c) Die Aktivlegitimation des Gemeinschuldners zur Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs aus dem von der Ablehnungserklärung betroffenen Vertrage.

Nach § 6 KO. steht dem Gemeinschuldner bezüglich der Masse weder die Befugnis zur Verwaltung noch zur Verfügung zu. Daraus ergibt sich die Regel, daß ihm auch die Aktivlegitimation für die prozessuale Verfolgung der zur Masse gehörenden Forderungen fehlt. Eine Ausnahme bestimmt § 10 Abs. 2 KO. für den Fall, daß der Verwalter die Aufnahme eines zur Zeit der Konkurseröffnung bereits anhängigen Verfahrens ablehnt. Das Gleiche muß im allgemeinen für die Fälle gelten, in denen der Konkursverwalter auch bei noch nicht prozeßbefangenen Rechtsverhältnissen erklärt, er wolle die daraus entspringenden Ansprüche nicht für die Masse verfolgen. Durch eine derartige Erklärung wird also grundsätzlich die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners und damit dessen Aktivlegitimation wieder hergestellt.

JW. 96, S. 601 No. 20; Wilmowski S. 58 Anm. 4 zu § 6, S. 73, 74, Anm. 12 zu § 10.

Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus einem zweiseitigen Vertrage, der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt war, ist jedoch § 17 KO. die lex specialis. Wenn nach

Abs. 2 S. 2 der Verwalter nach vorangegangener Erfüllungsablehnung nicht mehr auf Erfüllung bestehen kann, so ist damit, da der gegenseitige Vertrag seinem Wesen nach auf beiden Seiten einander entsprechende Erfüllungsverbindlichkeiten voraussetzt, zum Ausdrucke gebracht, daß im Verhältnisse von Vertragsgegner und Verwalter die wechselseitigen Erfüllungsansprüche erloschen sind.

Es bestehen aber auch im Konkurse Verbindlichkeiten im Verhältnisse von Vertragsgegner und Gemeinschuldner. Dessen Verpflichtungen und Rechte sind nicht etwa durch die Konkurseröffnung kraft Gesetzes auf den Verwalter übergegangen. Denn der Umstand, daß der Schuldner durch die Konkurseröffnung nur die „Befugnis" zur Verwaltung der Masse und zur Verfügung verliert, und sein Recht hierauf vom Verwalter nur „ausgeübt" wird, setzt voraus, daß er weiterhin Subjekt der zur Masse gehörenden Aktiva und der sich auf sie beziehenden Passiva bleibt.

Vergl. Fitting § 5 S. 28; Jaeger S. 87 Anm. 23 u. 24 zu § 6; Petersen-Kleinfeller S. 39 Anm. 3 zu § 6.

Es läßt sich also dem Wortlaute des § 17 Abs. 2 Satz 2 für die Beantwortung der Frage, ob durch die Ablehnungserklärung des Verwalters die wechselseitigen Erfüllungsverbindlichkeiten auch mit Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner erlöschen, nichts entnehmen. Die Frage ist auch bestritten:

Förster-Eccius (Preuß. Pr. R. § 117 S. 800 Anm. 3), Oetker (in ZZP. Bd. 14 S. 33), Seuffert (S. 190), Petersen-Kleinfeller (S. 95 Anm. 11 zu § 17) und Kohler (S. 133) verneinen sie. Diese

Schriftsteller wollen mit Rücksicht darauf, daß der Gemeinschuldner konkursfreies Vermögen besitzen könne, dem Vertragsgegner die Wahl lassen, ob er Erfüllung außerhalb des Konkurses oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Konkurse verlangen wolle. Sie gehen offenbar davon aus, daß im Konkurse das Vermögen des Schuldners in zwei gesonderte Vermögensmassen, die besonderen Rechtsschicksalen unterliegen können, zerfalle: in konkursbefangenes und, soweit solches vorhanden ist, konkursfreies, (§ 1 Abs. 1 u. 4 KO.) und daß die Vertretungsmacht des Verwalters auf die Verwaltung des konkursbefangenen Vermögens beschränkt sei (§ 6 KO.). Dabei wird jedoch übersehen, daß die Vertretungsbefugnis zwar auf einen bestimmten Wirkungskreis, bestimmte Sondervermögen beschränkt sein kann, daß aber die im Rahmen dieses Wirkungskreises abgegebenen Erklärungen die Person des Vertretenen schlechthin verpflichten. Die Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Verwalters auf die Masse betrifft also lediglich den Umfang, nicht die Wirkungen der Vertretung.

Mit Recht wird daher die Frage, ob durch die Ablehnungserklärung des Verwalters auch der Erfüllungsanspruch des Gemeinschuldners hinfällig wird, von der herrschenden Meinung bejaht.

> Vergl. Jaeger S. 86 Anm. 19 zu § 6, S. 204 Anm. 43, S. 209, 210, Anm. 50 zu § 17; Wilmowski Note 6 zu § 17 S. 97; Fitting S. 54 § 6; Endemann S. 165, 166; Sarwey-Bossert S. 103 Anm. 6 zu § 17; Staub HGB. Exk. zu § 382 Anm. 80 S. 1721; RG. Bd. 41 S. 135.

Ganz zweifellos muß dieses Ergebnis zutreffen vom Standpunkte der in der Literatur am weitesten ver-

breiteten Lehre, die im Verwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sieht.

Vergl. die Übersicht bei Jaeger S. 75 Anm. 3 zu § 6.

Die Anhänger dieser „Vertretungstheorie" müssen auf Grund des § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB., wonach die im Rahmen der Vertretungsmacht abgegebene Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, dazu gelangen, die vom Konkursverwalter erklärte Erfüllungsablehnung auch dem Gemeinschuldner gegenüber für verbindlich zu erachten. Diese Konstruktion ist aber auch mit den Grundsätzen der vom Reichsgericht (Entscheid. d. V. Z. S. vom 30. März 1892 Bd. 29 S. 29 ff.) anerkannten „Amtstheorie" vereinbar. Denn wenn danach der Konkursverwalter weder ein Vertreter des Gemeinschuldners, noch der Konkursgläubiger, vielmehr lediglich ein Organ zur Durchführung des Konkurszwecks ist, so wird ihm diese Stellung in der Hauptsache für das Prozeßrecht beigelegt; für das Bürgerliche Recht erkennt das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung (S. 30) selbst an, „ohne den Grundsatz sei nicht auszukommen, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen."

Für die Richtigkeit der herrschenden Lehre spricht auch der Zweck des § 17 KO. Er besteht, wie die Motive (Hahn, Bd. 4 S. 87) treffend zum Ausdrucke bringen, darin, dem Gläubiger die schleunige Herbeiführung einer klaren Rechtslage zu ermöglichen, ihn der Ungewißheit, aus dem Vertrage noch in Anspruch genommen zu werden, zu entziehen, und ihn in die Lage zu versetzen, eine etwaige Entschädigungs-

forderung im Konkurse anzumelden. Dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn seine rechtliche Gebundenheit auch dem Gemeinschuldner gegenüber aufhört.

Auch wenn dieser sich erbietet, den Vertrag im eigenen Interesse aus konkursfreien Mitteln zu erfüllen, ändert sich nichts an dem Ergebnisse, daß durch die Ablehnungserklärung des Verwalters die beiderseitigen Erfüllungsverbindlichkeiten auch im Verhältnisse zum Gemeinschuldner aufgehoben werden.

Das Reichsgericht (Bd. 41 S. 135) läßt die Frage offen.

Die gegenteilige Meinung müßte zu der Annahme führen, daß ein und dasselbe Schuldverhältnis gleichzeitig in zwiefacher Gestalt bestehen könnte, nämlich außerhalb des Konkurses mit Gewährung eines Erfüllungsanspruchs und innerhalb des Konkurses ohne solchen. Die Möglichkeit einer derartigen Konstruktion findet jedoch, wie Jaeger (S. 209 Anm. 50 zu § 17) mit Recht hervorhebt, nirgends im Gesetz eine Stütze. Für die hier vertretene Auffassung spricht auch noch folgende Erwägung:

Hat der Verwalter einmal die Vertragerfüllung abgelehnt, so kann er nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KO. nicht mehr Erfüllung fordern. Er kann es also auch dann nicht, wenn er bei Erklärung der Erfüllungsablehnung davon ausgegangen ist, die Vertragserfüllung sei für die Masse unvorteilhaft, es seien keine ausreichenden Mittel zur Befriedigung des Vertragsgegners vorhanden, und wenn diese Annahme sich nachträglich als falsch erweist. Denn eine Anfechtung der Ablehnungserklärung wegen Irrtums könnte, da nur Irrtum

im Beweggrunde in Frage käme, nicht durchgreifen. Kann aber der Verwalter, auch wenn er dem Vertragsgegner nachträglich den vollen Kaufpreis anbietet, nicht mehr auf Erfüllung bestehen, so kann auch nicht die Erfüllungsbereitschaft des Gemeinschuldners, selbst beim Erbieten konkursfreier Befriedigungsmittel, diesem das Recht auf Vertragserfüllung verleihen. Denn es wäre mit der Rechtsstellung des Gemeinschuldners nicht vereinbar, wollte man ihm mit Bezug auf konkursbefangene Rechtsverhältnisse mehr Befugnisse einräumen als dem Verwalter.

Dem Gemeinschuldner steht es natürlich frei, über denselben Leistungsgegenstand einen neuen Vertrag abzuschließen. Verlangt er also nach der Erfüllungsablehnung des Verwalters vom Vertragsgegner unter Erbieten konkursfreier Befriedigungsmittel „Erfüllung", so ist hierin lediglich eine an den andern Teil gerichtete, auf Abschluß eines neuen Vertrages hinzielende Offerte zu erblicken. Nimmt der Vertragsgegner diese an, so entstehen zwischen ihm und dem Gemeinschuldner neue Erfüllungsverbindlichkeiten, wie sie einem jeden vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrage entspringen würden. Verhält er sich aber dem Erfüllungsbegehren des Gemeinschuldners gegenüber ablehnend, so ist dieser zur Geltendmachung irgend eines Vertragsanspruchs nicht mehr aktiv legitimiert.

Die Ablehnungserklärung des Verwalters beeinflußt aber nicht nur die Rechtsstellung des Gemeinschuldners, sondern ist auch von einschneidender Bedeutung auf Rechte des Vertragsgegners.

Davon sei im folgenden gesprochen.

C. Die Einwirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf die Rechtsstellung des Vertragsgegners.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist festzuhalten, daß die Erfüllungsverbindlichkeiten aus einem gegenseitigen Vertrage infolge der Ablehnungserklärung sowohl im Verhältnisse zwischen Vertragsgegner und Verwalter als auch im Verhältnisse zwischen Vertragsgegner und Gemeinschuldner erlöschen.

Die wichtigsten Rechtsbehelfe, die außerhalb des Konkurses dem vertragstreuen Teile zum Ausgleiche seiner durch die Nichterlangung des vertraglichen Leistungsgegenstandes beeinträchtigten Vermögenslage zustehen, sind der Anspruch auf Schadensersatz und auf die Vertragsstrafe. Inwieweit im Konkurse das durch die Ablehnungserklärung des Verwalters herbeigeführte Erlöschen des Erfüllungsanspruchs des Vertragsgegners für diesen die beiden erwähnten Ansprüche erzeugt, sei nachstehend erörtert:

a) Der Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners.

Aus § 17 KO. waren, wie erwähnt, als Wirkungen der Ablehnungserklärung des Verwalters nur die abzuleiten, daß die wechselseitigen Erfüllungsansprüche aus dem Vertrag endgültig erlöschen. Die Möglichkeit eines Ersatzanspruchs wird hier nicht erwähnt; auch § 26 KO. trifft hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Er lautet:

„Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursver-
„fahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder

„die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemein-
„schuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht be-
„rechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des
„Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der
„Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung
„wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur
„als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm
„nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung
„zusteht."

Satz 2 spricht nur allgemein von einer „Forderung" wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung, ohne klarzustellen, worauf die Forderung gerichtet sein kann. Es können aber, da der Anspruch auf Erfüllung nach der Ablehnungserklärung des Verwalters ausgeschlossen ist, nur der Anspruch auf Schadensersatz oder die Vertragsstrafe in Frage kommen.

Jaeger S. 292 Anm. 17 zu § 26 führt irrig als weitere an sich gegebene Möglichkeit auch das Rücktrittsrecht des Vertragsgegners an; dieses ist aber keine „Forderung", erzeugt vielmehr eine solche erst nach Ausübung. (Vergl. § 346 BGB.)

Daß die Worte „infolge der Konkurseröffnung" nicht nur deren unmittelbaren Wirkungen, sondern auch die mittelbaren umfassen, z. B. die durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters herbeigeführten, ist unstreitig.

Vergl. Jaeger S. 289 Anm. 9 zu § 26; RG. Bd. 67 S. 375.

Jedoch will Fitting (§ 6 Anm. 11 u. 12 S. 50, 51) aus den Worten „Nichterfüllung einer Verbindlichkeit" ableiten, daß die Erfüllungsablehnung des Verwalters nie einen Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners erzeugen könne. Denn wenn sie auch zur Folge habe

daß gemäß § 17 KO. der Gläubiger den ursprünglichen Leistungsgegenstand, die vertragsmäßige Erfüllung nicht mehr fordern könne, so bleibe es ihm doch überlassen, die Erfüllung konkursmäßig durch Geltendmachung des Schätzungswertes nach § 69 KO. zu verlangen.

Diese Gründe gehen fehl; sie scheitern an dem Zwecke des § 17 KO., wonach dem Verwalter im Interesse der schleunigen Durchführung des Verfahrens das Recht eingeräumt ist, die Erfüllung zweiseitiger Verträge abzulehnen. Es würde aber indirekt ein Erfüllungszwang auf ihn ausgeübt, die Ausübung des Wahlrechts also dem Einflusse des anderen Teiles unterworfen, wenn man diesem trotz der Erfüllungsablehnung einen Anspruch auf die konkursmäßige Erfüllung gemäß § 69 KO. zubilligen wollte. Sodann müßte der Vertragsgegner auch gegen eine nur konkursmäßige Erfüllung seine volle Gegenleistung aus dem zweiseitigen Vertrage bewirken. Das soll aber nach § 17 Abs. 2 KO. durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters gerade ausgeschlossen sein.

So mit Recht Endemann § 35 III D 2 S. 166; Jaeger S. 205, 206 Anm. 43 zu § 17.

Fitting stützt sich weiterhin darauf, man müßte, wollte man aus § 26 KO. die Möglichkeit des Entstehens einer Entschädigungsforderung ableiten, diese ohne weiteres einem jeden Konkursgläubiger zubilligen; denn die Konkurseröffnung führe stets eine „Nichterfüllung", nämlich den Erfolg herbei, daß die Konkursgläubiger nicht den ursprünglichen Gegenstand ihrer Forderung erhalten.

Der Logik dieser Beweisführung kann man sich dann nicht entziehen, wenn man mit der herrschenden Lehre (Vergl. Wilmowski S. 121 und Sarwey-Bossert S. 126 Anm. 1 zu § 26) annimmt, unter „Nichterfüllung" im Sinne von Satz 2 des § 26 KO. sei auch die durch den Konkurs für jeden Konkursgläubiger herbeigeführte Veränderung der Erfüllungsart zu verstehen.

Diese Auffassung ist aber von Oetker (ZZP. Bd. 14 S. 48 ff.) treffend widerlegt. Als Ergebnis seiner überzeugenden Ausführungen, auf die im einzelnen hier nur Bezug genommen sei, ist folgendes festzuhalten: Im Satz 1 des § 26 KO. ist das Wort „Nichterfüllung" im allgemeinen, technischen Sinne zu verstehen, d. h. schlechthin als jedes Ausbleiben der Gegenleistung in dem vertraglich bedungenen Umfange.

Dagegen ist im zweiten Satze das Wort „Nichterfüllung" nur als diejenige Aufhebung der Erfüllungsverbindlichkeiten zu verstehen, wie sie infolge der Konkurseröffnung von selbst (§ 18 KO.) oder erst infolge einer hierauf gerichteten Willenserklärung des Verwalters (§§ 17, 19 Satz 2, 20 Abs. 2 KO.) eintritt.

Im Ergebnisse ebenso Jaeger S. 292 Anm. 17 zu § 26; Wolff S. 121 Anm. 1 zu § 26, anders Petersen-Kleinfeller S. 117 Anm. 6 zu § 26.

Wenn hiernach das Wort „Nichterfüllung" im § 26 Satz 2 KO. die konkursmäßige, modifizierte Erfüllung nicht mit umfaßt, so sind die von Fitting angeregten Bedenken gegen die Ableitung einer Entschädigungsforderung aus § 26 KO. hinfällig.

Ist darum die Möglichkeit, daß die Erfüllungsablehnung des Verwalters eine Schadensersatzforderung

des vertragstreuen Teiles erzeugt, nicht ausgeschlossen, so fragt es sich weiter, unter welchen Voraussetzungen eine solche entsteht:

Unter dem Einflusse der Motive (Hahn Bd. 4 S. 107 No. 2 a. E.) nimmt die herrschende Lehre und mit ihr das Reichsgericht an, die Erfüllungsablehnung des Verwalters erzeuge nur dann einen Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners, wenn ein solcher auch nach Bürgerlichem Rechte begründet sei. Aus § 26 Satz 2 KO. sei nur herauszulesen, daß, wenn die Nichterfüllung des zweiseitigen Vertrages im Konkurse überhaupt eine Forderung zur Entstehung bringe, diese nur als Konkursforderung geltend gemacht werden könne.

So Staub S. 1723, Exk. zu § 382 Anm. 83; Wilmowski S. 124 Anm. 9 zu § 26; Sarwey-Bossert S. 129 Anm. 4 zu § 26; Petersen-Kleinfeller S. 117 Anm. 6 zu § 26; Willenbücher S. 55 Anm. 6 zu § 26; RG. Bd. 26 S. 96, Bd. 63 S. 73.

Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten:

Denn will man aus dem Bürgerlichen Rechte bei Nichterfüllung gegenseitiger Verträge die Schadensersatzforderung ableiten, so kommen als Gründe, die sie zur Entstehung bringen könnten, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug in Frage (§§ 325, 326 BGB). Beide setzen das Vorhandensein von Umständen voraus, die der Schuldner zu vertreten hat, d. i. Vorsatz oder Fahrläßigkeit (§ 276 BGB.). In Betracht käme eigenes Verschulden, wie das des Konkursverwalters, der auch vom Standpunkte des Reichsgerichts aus für das materielle Recht im allgemeinen als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist (§ 278 BGB. vgl.

oben S. 21). In der Wahl der Nichterfüllung ein Verschulden des Verwalters zu erblicken, ist grundsätzlich nicht angängig. Denn da § 17 KO. ihm das Recht gibt, Erfüllung zu verlangen, und das Recht zur Ablehnung überhaupt nicht erwähnt, sieht er diese sogar als das regelmäßige an. (Vgl. Wolff, S. 93 Anm. 1 zu § 17, S. 121 Anm. 2 zu § 26).

Auch von einem Verschulden des Gemeinschuldners kann nicht die Rede sein. Er hat allerdings in analoger Anwendung des § 279 BGB. auch unverschuldeten Geldmangel zu vertreten, (so Staudinger Bd. 2 Teil I S. 159, 160 Anm. 3 zu § 279 BGB., RG. im Recht 1911 Beil. No. 268, 1275) mithin auch den darauf zurückzuführenden Konkurs. Wenn aber daraus die Schadensersatzforderung des von der Erfüllungsablehnung betroffenen Vertragsgegners abgeleitet wird, (so Wilmowski S. 125 Anm. 9 zu § 26; Amon S. 58) so wird übersehen, daß für das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs nicht schon die Konkurseröffnung, sondern erst die Erfüllungsablehnung des Verwalters ursächlich ist. Diese kann trotz des Konkurses unterbleiben, und selbst beim Vorhandensein ausreichender Mittel erklärt werden. Im § 26 Satz 1 KO. sind zwar den Wirkungen der Konkurseröffnung die der Erfüllungsablehnung des Verwalters gleichzustellen (vergl. oben S. 25). Das gilt aber nur für diese konkursrechtliche Vorschrift. Das Gleiche auch dann anzunehmen, wenn man den Grund für das Entstehen der Entschädigungsforderung im Bürgerlichen Rechte sucht, ist jedoch nicht angängig. Aus dem BGB. könnte man also eine Schadensersatzforderung des vertragstreuen Teiles überhaupt nicht ableiten.

Mit Recht nehmen daher Jaeger (S. 294 Anm. 21 zu § 26) Oetker (ZZP. Bd. 14 S. 49, 50) und Wolff (S. 120 Anm. 1 zu § 26) an, für den Entschädigungsanspruch des Vertragsgegners sei dem Bürgerlichen Rechte nur der Haftungsmaßstab zu entnehmen; der Haftungsgrund sei in KO. § 26 zu finden. Diese Auffassung tritt bereits in der Begründung der Novelle zur Konkursordnung von 1898 zu § 17 (jetzt § 19) zu Tage. (Hahn Bd. 7 S. 237.) Dort heißt es:

„Für den Fall, daß der Verwalter die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages gemäß § 15 (jetzt § 17) ablehnt, bedarf es einer entsprechenden Vorschrift (wie in § 19 Satz 3) nicht. Denn durch die Ablehnung der Erfüllung wird das Vertragsverhältnis nicht aufgehoben, und es ist daher als selbstverständlich zu erachten, daß an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz tritt".

Der Auffassung der Motive steht auch der Wortlaut des § 26 KO. nicht entgegen. Denn indem er die Forderung wegen Nichterfüllung erwähnt, erkennt er die Möglichkeit einer solchen ausdrücklich an. Kann sie aber nach den obigen Ausführungen aus dem Bürgerlichen Rechte nicht abgeleitet werden, so ist sie nur auf § 26 KO. zu stützen.

Wird danach durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters der Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners dem Grunde nach erzeugt, so müssen für die Berechnung der Schadenshöhe, da die KO. darüber keine Grundsätze aufstellt, die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts Anwendung finden. Es könnte insbesondere § 254 Abs. 2 Satz 2 letzter Halbsatz BGB. in Frage kommen. Der Vertragsgegner müßte sich z. B.

entgegenhalten lassen, daß er mit einem Dritten, oder auch mit dem Gemeinschuldner, wenn dieser nach der Erfüllungsablehnung des Verwalters unter Erbieten konkursfreier Befriedigungsmittel „Erfüllung" fordert, einen Vertrag über denselben Leistungsgegenstand und zu denselben Bedingungen hätte abschließen können. Das kann aber nur beim Vorbringen einer dahingehenden Einrede zur Verneinung des Schadensersatzanspruchs führen; denn das Vorliegen der Tatumstände aus § 254 BGB. ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.

Vergl. Recht 09 Beilage No. 13, 427 und die dort Angeführten; Staudinger Bd. 2 Teil I S. 77 Anm. 7 zu § 254.

Der hiernach auf § 26 S. 2 zu stützende Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners wird durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters erzeugt. Die durch diese „Handlung des Konkursverwalters" entstehende Verbindlichkeit müßte nach § 59 No. 1 KO. an sich die Eigenschaft einer „Masseschuld" haben. Demgegenüber stellt aber § 26 S. 2 KO. außer Zweifel, daß der Schadensersatzanspruch nur die Eigenschaft einer Konkursforderung hat.

Nun wird in vielen Fällen der ersatzberechtigte Vertragsgegner an der Geltendmachung seiner Forderung im Konkurse kein Interesse haben. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn im Konkurse nur eine geringe Dividende zu erwarten ist, während der Gemeinschuldner z. B. infolge nachträglichen Erwerbes einer Erbschaft konkursfreies und pfändbares Vermögen besitzt.

Kann in solchen Fällen der Vertragsgegner, unter Verzicht auf Deckung aus der Masse, sich noch

während des Konkursverfahrens wegen seines Ersatzanspruches direkt an den Gemeinschuldner halten?

Das aufgeworfene Problem ist identisch mit der im nachstehenden zu erörternden Frage, inwieweit es überhaupt zulässig ist, eine Konkursforderung außerhalb des Konkurses geltend zu machen:

Die außerkonkursmäßige Verfolgung einer Konkursforderung sieht § 144 Abs. 2 KO. für den Fall vor, daß eine Konkursforderung im Prüfungstermine vom Gemeinschuldner bestritten worden ist. War ein Rechtsstreit über die Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits anhängig, so kann er gegen den Gemeinschuldner aufgenommen, war er noch nicht anhängig, so kann er gegen diesen anhängig gemacht werden. (arg. e. § 164 Abs. 2 KO.)

Im übrigen bestimmt § 12 KO., daß Konkursgläubiger ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Masse nur nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen können. Da es aber ein feststehender Satz ist, daß kein Gläubiger zur Teilnahme am Konkurse gezwungen werden kann, (Hahn Bd. 4 S. 71) so folgt daraus lediglich, daß Konkursgläubiger ihre Forderungen nur im Konkursverfahren geltend machen können, sofern sie Befriedigung „aus der Masse" erstreben. Danach ist also aus § 12 KO. eine Antwort auf die Frage, ob ein Konkursgläubiger unter Verzicht auf Geltendmachung der Forderung im Konkurse sie gegen den Gemeinschuldner selbst verfolgen kann, nichts zu schöpfen. Die Frage ist auch bestritten:

Sie wird verneint von Jaeger (S. 152 Anm. 6, 7 und 8 zu § 12), Fitting (S. 105 § 9), Wolff (Anm. 2

zu § 12 S. 75 ff.) und Eccius (bei Gruchot Bd. 44, S. 775 ff.).

Vergl. auch Landgericht Leipzig in LZ. 1907 S. 325, 326 und OLG. Hamm. in LZ. 1909 S. 868 ff.

Jaeger, Fitting und Eccius erachten, abgesehen von dem Falle des § 144 Abs. 2 KO., das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses für die Zulassung einer außerkonkursmäßigen Klage nicht für vorliegend. Das rechtliche und wirtschaftliche Interesse bei der Verfolgung eines Anspruchs bestehe, so führen sie aus, in der Erlangung eines Vollstreckungstitels; dieses Ziel könne der Konkursgläubiger aber auch durch Anmeldung der Forderung im Konkurse erreichen. Die Zulassung einer außerkonkursmäßigen Klage würde nach Eccius (S. 777) dazu führen, daß der Gläubiger ohne Rücksicht auf einen im Konkurse geschlossenen Zwangsvergleich den vollen Betrag seiner Forderung erlangen könnte; dem stehe aber § 193 KO. entgegen, wonach der Zwangsvergleich auch gegen solche Gläubiger wirkt, die nicht am Konkursverfahren teilgenommen haben. Fitting (§ 9 I, S. 104) folgert die Unzulässigkeit der Klageerhebung gegen den Gemeinschuldner auch aus dem Vollstreckungsverbote des § 14 KO.

Jaeger und Wolff ziehen außerdem den § 240 ZPO. heran, wonach ein Prozeß über einen die Konkursmasse betreffenden Anspruch durch die Eröffnung des Verfahrens unterbrochen wird, bis er nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen wird. Könne hiernach, so meinen sie, während des Konkurses die Aufnahme eines unterbrochenen Prozesses nur nach konkursrechtlichen Grundsätzen

erfolgen, so müsse das erst recht für die Anstrengung eines neuen Prozesses gegen den Gemeinschuldner gelten.

Demgegenüber erkennt die herrschende Lehre im Anschluß an die Motive (Hahn Bd. 7 S. 71) die Möglichkeit der außerkonkursmäßigen Geltendmachung einer Konkursforderung an.

> Kohler S. 302; Petersen-Kleinfeller S. 74 Anm. 1 zu § 12; Wilmowski S. 77, 78 Anm. 2 zu § 12; Sarwey-Bossert S. 85, 86 Anm. 2 zu § 12; Oetker, ZZP. Bd. 14 S. 34, 35; Seuffert S. 186 ff.; RG. Bd. 29 S. 73 ff., in JW. 86 S. 229 No. 15, 94, S. 173 No. 7 und bei Gruchot Bd. 31, S. 1124, 1125; OLG. Bd. 11 S. 356; Hellwig, Anspruch S. 229; dieser hält sogar die gleichzeitige Verfolgung in und außerhalb des Konkurses für zulässig. Dagegen vergl. Jaeger S. 152 Anm. 7 zu § 12 mit Literatur.

Die Auffassung der herrschenden Lehre ist zutreffend:

Auf § 240 ZPO. kann sich die Gegenmeinung nicht stützen. Danach wird wohl dem Gläubiger einer prozeßbefangenen Forderung die Möglichkeit geboten, die durch die Konkurseröffnung herbeigeführte Unterbrechung des schwebenden Prozesses zu beseitigen. Will er es tun, so kann es „nur nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen", also nach §§ 144, 146 KO. geschehen. Will er hingegen den unterbrochenen Prozeß nicht aufnehmen, so ist ihm durch § 240 ZPO. die Verfolgung seines Anspruchs außerhalb des Konkursverfahrens nicht verwehrt.

Auch aus dem Verbote, während des Konkurses in die Konkursmasse oder in das konkursfreie Vermögen des Schuldners zu vollstrecken, kann man nicht mit Fitting die Unzulässigkeit der Klageerhebung gegen den Gemeinschuldner folgern. Denn aus der

Beschränkung der Vollstreckungsmöglichkeit folgt nicht das Verbot, einen Anspruch im Prozesse zur Feststellung zu bringen. Auch die Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage kann nicht im Vollstreckungswege erzwungen werden; gleichwohl kann ein darauf hinzielendes Urteil ergehen (§ 888 Abs. 2 ZPO.).

Es ist auch nicht zuzugeben, daß für die außerkonkursmäßige Geltendmachung des Anspruchs kein Rechtsschutzbedürfnis vorliege. Der Gläubiger kann allerdings einen sofort nach Konkursbeendigung vollstreckbaren Titel auch durch Anmeldung und Verfolgung der Forderung im Konkurse erlangen (§ 164 Abs. 2 KO.). Das rechtliche und wirtschaftliche Interesse eines Gläubigers erschöpft sich aber nicht in der Erlangung eines Vollstreckungstitels, sondern liegt auch in dem Verfahren, in dem dieses Ziel zu erreichen ist. Das muß für den Konkurs ganz besonders gelten, da hier der Gläubiger der Möglichkeit ausgesetzt ist, daß ihm bei der Durchführung des Anspruchs nicht bloß vom Schuldner, sondern auch von Dritten (Verwalter und Konkursgläubiger, § 144 Abs. 1 KO.) Schwierigkeiten bereitet werden, und da hier der Schuldner als Zeuge vernommen werden kann (vergl. RG. Bd. 29 S. 29 ff.).

Endlich können auch die von Eccius unter Bezugnahme auf § 193 KO. vorgebrachten Bedenken nicht durchgreifen. Allerdings treffen die Wirkungen des Zwangsvergleichs auch den Gläubiger, der seine Forderung unter Verzicht auf Geltendmachung gegen die Masse gegen den Gemeinschuldner eingeklagt hat. Denn ein derartiger Verzicht kann, wie Eccius (bei Gruchot Bd. 44 S. 777) zutreffend bemerkt, die Forderung

nicht des Charakters einer Konkursforderung entkleiden (anders OLG. Bd. 11 S. 356). Daraus folgt aber nicht, daß die Wirkungen des Zwangsvergleichs im Prozesse zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner ausgeschlossen werden. Dieser kann vielmehr, auch wenn das Urteil vor Abschluß des Zwangsvergleichs ergangen ist, durch Einlegung des Rechtsbehelfes die Verurteilung auf den geminderten Betrag der Forderung erzielen, oder aber, wenn das Urteil schon rechtskräftig war, dessen Abänderung im Wege der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. herbeiführen.

Ist danach die Inanspruchnahme des Gemeinschuldners wegen einer Konkursforderung auch während des Konkurses zulässig, so kann man nicht mit den Motiven (Hahn Bd. 4, S. 71) nur solche Leistungsklagen für zulässig erachten, die auf Verurteilung zur Leistung nach Aufhebung des Konkurses gerichtet sind. Denn die Leistungspflicht besteht auch während des Konkurses; die Beschränkung der Vollstreckungsmöglichkeit ist aber erst in der Vollstreckungsinstanz zu prüfen.

So mit Recht Oetker ZZP. Bd. 14 S. 35; Seuffert, S. 186.

Darum ist es auch nicht erforderlich, schon dem Urteile, wie es vom Reichsgericht (Bd. 29 S. 76) geschieht, die Einschränkung zuzufügen, daß die Zwangsvollstreckung erst nach Beendigung des Konkurses erfolgen dürfe.

b) Der Anspruch des Vertragsgegners auf die Vertragsstrafe.

Hat sich der Vertragsgegner vor der Konkurseröffnung zur Sicherung seines Erfüllungsanspruchs vom Gemeinschuldner eine Vertragsstrafe versprechen

lassen, so gewinnt die Frage Bedeutung, wie es sich mit der Strafe verhält, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge der Ablehnungserklärung des Verwalters unterbleibt. Dabei ist zu beachten, daß mit der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner jeglichen Einfluß auf die Erfüllung oder Nichterfüllung des zweiseitigen Vertrages infolge des im § 17 KO. dem Verwalter eingeräumten Wahlrechts verliert. Für das Unterbleiben der Leistung ist also nicht mehr ein Tun oder Unterlassen des Gemeinschuldners, sondern lediglich eine in das freie Belieben des Verwalters gestellte Willenserklärung ursächlich.

Es soll daher, und zwar ohne daß zunächst auf den Unterschied der Vertragsstrafe aus § 340 BGB. und der aus § 341 BGB. eingegangen sei, geprüft werden, ob überhaupt durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters die Verwirkung einer vor der Konkurseröffnung vom Schuldner versprochenen Vertragsstrafe herbeigeführt werden kann:

Die Vertragsstrafe ist nach § 339 Satz 1 BGB. eine als Strafe für den Fall versprochene Geldsumme, daß der Schuldner bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit, eine Leistung zu bewirken oder in gehöriger Weise (also auch zur rechten Zeit) zu bewirken, in Verzug gerät. Sie hat eine doppelte Aufgabe:

Zunächst soll ihr Versprechen auf den Schuldner einen Druck zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit ausüben, sodann soll sie, wenn der Schuldner ihr zuwiderhandelt, dem Gläubiger den Nachweis des erlittenen Schadens ersparen.

So Staudinger Bd. 2 Teil I S. 297, 298 Vorbem. I vor § 339 BGB.; Fuld im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 337.

Hält man sich diesen zwiefachen Zweck der Vertragsstrafe vor Augen, so muß man die Meinung Oetkers (ZZP. Bd. 14 S. 50), sie könne im Konkurse überhaupt nicht gefordert werden, wenigstens bei der im BGB. der Vertragsstrafe eingeräumten Funktion zurückweisen. Er führt aus, der Anspruch auf Ersatz des durch die Erfüllungsablehnung entstandenen Schadens beruhe lediglich auf dem Gesetze, könne also nur in Höhe des wirklich erlittenen Schadens gefordert, dagegen nicht durch Parteivereinbarung vorab auf einen bestimmten Betrag festgesetzt werden. Demgegenüber ist für das geltende Recht darauf hinzuweisen, daß die Vertragsstrafe gerade die Aufgabe hat, den Schadensnachweis zu erübrigen, (arg. e. § 340 Abs. 2 BGB.) und daß, wie hervorgehoben, die Vorabfestsetzung des Schadens nicht die einzige Funktion der Vertragsstrafe ist. Es ist ihm auch nicht zuzustimmen, wenn er zur Begründung seiner Auffassung anführt, die Vereinbarung einer Vertragsstrafe erstrecke sich überhaupt nicht auf die Möglichkeit, daß der Verwalter im Konkurse die Vertragserfüllung ablehne. Denn die Parteien haben regelmäßig bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe bestimmte Gründe, die für das Unterbleiben der Leistung ursächlich sein könnten, gar nicht im Auge, wollen sich vielmehr schlechthin gegen die Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige Erfüllung schützen. (§ 339 BGB.) Haben Sie aber von den Gründen für das Unterbleiben der Leistung den Konkursfall nicht ausdrücklich ausgenommen, so liegt kein Anlaß zu der Annahme vor, die durch die Ablehnungserklärung des Verwalters herbeigeführte Nichterfüllung könne keinen Grund für die Verwirkung einer Vertragsstrafe bilden.

Mit Recht nimmt darum die herrschende Meinung an, daß durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters eine vom Schuldner versprochene Vertragsstrafe verwirkt werden kann.

So Jaeger S. 207 Anm. 44 zu § 17, S. 694 Anm. 3 zu § 62; Wilmowski S. 274 Anm. 2 zu § 62; Sarwey-Bossert S. 292 Anm. 2 zu § 62; Petersen-Kleinfeller S. 329 Anm. 4 zu § 62; Staub, HGB. S. 1180 Anm. 36 zu § 348, S. 1724 Anm. 89, Exk. zu § 382; RG. Bd. 26 S. 94, Bd. 49 S. 192.

Doch wird die Frage, auf welche Gesetzesvorschrift der Anspruch auf die Vertragsstrafe zu stützen sei, einer Erörterung bedürfen:

Die Äußerung Jaegers (S. 207 Anm. 44 zu § 17), die durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters eintretende Verwirkung der Vertragsstrafe finde ihren Grund in dem fortdauernden Rechtsbestande des Vertrages, ist nicht ausreichend. Denn die Ablehnungserklärung läßt zwar den rechtlichen Bestand des Vertrages unberührt, bringt aber sämtliche wechselseitigen Erfüllungsverbindlichkeiten zum Erlöschen; das Vorhandensein solcher wird jedoch an sich bei der akzessorischen Natur der Vertragsstrafe (vgl. § 344 BGB.) als Voraussetzung für deren Verwirkung zu erfordern sein (so Planck Bd. 2, S. 184 No. 3 zu § 339 BGB.).

Es ist darum zunächst zu untersuchen, ob der Strafanspruch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Stütze findet:

Die Verwirkung tritt nach § 339 BGB., abgesehen von dem Falle, daß die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, ein, wenn der Schuldner in Verzug gerät, also nicht, wenn Tatumstände vorliegen, die er

nicht zu vertreten hat. (§ 285 BGB.) Da aber, wie oben (S. 29) ausgeführt, im Falle der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters weder diesen noch den Gemeinschuldner ein Verschulden für das Unterbleiben der Leistung trifft, so läßt sich aus dem BGB. die Verwirkung der Vertragsstrafe nicht herleiten.

Es wird jedoch im § 26 S. 2 KO. jedenfalls als möglich vorausgesetzt, daß die Erfüllungsablehnung des Verwalters auch eine Forderung auf die Vertragsstrafe erzeugt; (vergl. oben S. 25 und Sarwey-Bossert S. 129 Anm. 4 zu § 26); sie kann daher beim Fehlen einer sonstigen gesetzlichen Grundlage auch nur aus § 26 S. 2 KO. abgeleitet werden.

Kann hiernach die Erfüllungsablehnung den Anspruch auf eine Vertragsstrafe erzeugen, so fragt es sich nunmehr, ob sie insbesondere die für den Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung versprochene Strafe (§ 341 BGB.) zur Verwirkung bringen kann. Die Frage ist zu verneinen:

§ 26 Satz 2 KO. gewährt eine Forderung nur „wegen der Nichterfüllung". Dieser Bestimmung kann nicht in erweiternder Auslegung auch der Fall der nichtgehörigen oder nichtrechtzeitigen Erfüllung unterstellt werden. Denn in § 26 S. 2 KO. ist, wie oben S. 27 ausgeführt, das Wort „Nichterfüllung" nur auf die Fälle zu beziehen, in denen durch die Konkurseröffnung — sei es unmittelbar oder mittelbar — die Erfüllungsansprüche erlöschen; diese Gesetzesbestimmung kann also nicht Anwendung finden, wenn, wie in dem Falle der nichtgehörigen oder nichtrechtzeitigen Erfüllung der Erfüllungsanspruch neben dem sonst den Schuldner treffenden Rechtsnachteil bestehen

bleibt. (Vergl. §§ 286 Abs. 1, 341 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB.)

Kann aber der Anspruch auf die für den Fall verspäteter Erfüllung versprochene Vertragsstrafe nicht auf § 26 KO. gestützt werden, so kann sie, da sie, wie ausgeführt, auch nicht aus dem Bürgerlichen Rechte abzuleiten ist, überhaupt nicht durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters verwirkt werden.

Im Ergebnis ebenso Wolff S. 122 Anm. 3 zu § 26, anders RG. Bd. 21 S. 5 ff. und in JW. 88 S. 166 No. 8.

D. Die Wirkungen einer vom Verwalter auf die Konkursmasse beschränkten Erfüllungsablehnung sowie des Verzichts des Verwalters auf Geltendmachung der Erfüllungsansprüche für die Masse.

Der in Konkurs geratenen Vertragspartei sind nach den obigen Ausführungen hinsichtlich der Erfüllung des zweiseitigen Vertrages die Hände gebunden. Denn für die Gestaltung der künftigen Rechtsbeziehungen ist allein die ins pflichtmäßige Ermessen des Verwalters gestellte Erfüllungsablehnung maßgebend. Das kann in den Fällen zu einer gewissen Härte führen, in denen der Gemeinschuldner hinreichende konkursfreie Mittel sowie den Willen zur Erfüllung des Vertrages besitzt, und in denen andererseits der Verwalter keinerlei Interesse daran hat, daß der Vertrag zur Masse erfüllt werde. Denn, wie die obigen Ausführungen (S. 22 ff.) ergeben haben, wird auch in solchen Fällen der Erfüllungsanspruch des Gemeinschuldners durch die Ablehnungserklärung des Verwalters zum Erlöschen gebracht. Darum gewinnt die Frage Interesse, ob der

Konkursverwalter den Erfüllungsanspruch des Gemeinschuldners dadurch aufrecht erhalten kann, daß er dem Vertragsgegner erklärt, er lehne die Vertragserfüllung nur für die Masse ab, stelle ihm aber anheim, sich deswegen mit dem erfüllungsbereiten und zahlungsfähigen Gemeinschuldner auseinanderzusetzen.

Die herrschende Meinung mißt einer derartigen Erklärung dieselben Wirkungen bei, wie einer uneingeschränkten Erfüllungsablehnung.

So Wolff S. 94 Anm. 2 zu § 17; RG. in JW. 92 S. 371 No. 8 und bei Bolze Pr. Bd. 15 No. 716; anders anscheinend nur Wilmowski Anm. 4 zu § 6.

Sie geht davon aus, daß dem Verwalter vom Gesichtspunkte der Billigkeit nicht das Recht zustehen könne, durch eine einseitige Erklärung die Masse von einer Erfüllungsverbindlichkeit zu befreien und den Vertragsgegner wegen der Befriedigung seiner Ansprüche auf den — meistens zahlungsunfähigen — Gemeinschuldner zu verweisen.

Die Beweisführung ist nicht erschöpfend; denn sie hat nur die Fälle im Auge, in denen der Gemeinschuldner zahlungsunfähig ist. Sie versagt aber sofort, wenn man bedenkt, daß in vielen Fällen der Gemeinschuldner konkursfreie Mittel besitzen und auch ein besonderes Interesse an der Erfüllung des Vertrages haben kann.

Soll in solchen Fällen für den Verwalter keine rechtliche Möglichkeit gegeben sein, den Rechtsbestand der Erfüllungsverbindlichkeiten zwischen Gemeinschuldner und Vertragsgegner unberührt zu lassen, aber gleichzeitig von der Masse die Verpflichtung zur

Erfüllung eines Vertrages, der für diese keinerlei Vorteile bietet, abzuwälzen? Es leuchtet ein, daß auch die Verneinung dieser Möglichkeit nicht der Billigkeit entsprechen würde. Es sei darum ausführlicher auf die Frage eingegangen:

Die Erfüllungsablehnung des Verwalters ist unter den allgemeinen Begriff „der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung" zu bringen. Ob bei einer solchen der Rechtserfolg sich nach dem Willen des Erklärenden, oder nach dem objektiven Rechte richtet, ist eine vielumstrittene Frage.

Vergl. darüber Staudinger Bd. 1 Einl. I No. 4 und 5 S. 388 ff. mit ausführlicher Literatur, ferner Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 91 S. 213.

Die Motive zum BGB. Bd. 1 S. 126 umschreiben den Begriff des Rechtsgeschäfts als „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist". Diese Begriffsbestimmung erblickt zwar den Grund für den Eintritt des Rechtserfolges in dem Parteiwillen, schränkt dessen rechtserzeugende Kraft aber gleichzeitig dahin ein, daß er nur „nach der Rechtsordnung" eintrete. Nun verleiht die Rechtsordnung wohl grundsätzlich dem Willen auch die Fähigkeit, Rechtserfolge herbeizuführen, diese findet aber an den Grenzen der Rechtsordnung ihre Schranke. Auf die Wirkungen des von der Partei einmal begründeten Rechtsverhältnisses hat deren Wille also nur insoweit Einfluß, als dies im Rahmen des positiven Rechts möglich ist; der darüber hinausgehende Wille ist rechtlich unbeachtlich und vermag keinerlei Rechtswirkungen hervorzubringen.

Einen Beispielsfall gibt § 701 BGB.:

Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen, den dieser durch Verlust oder Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet. Die Haftung ist eine Wirkung des Gesetzes, nicht des Parteiwillens. Sie tritt sogar auch dann ein, wenn der Wille des Gastwirts erkennbar darauf hinzielt, sie auszuschließen. (§ 701 Abs. 3 BGB.)

Die gleichen Erwägungen werden aber für die gemäß § 17 KO. erklärte Erfüllungsablehnung des Verwalters gelten können.

Denn die aus dem Gesetze abzuleitenden Wirkungen dieser Erklärung äußern sich nach dem oben zu III gewonnenen Ergebnisse darin, daß sämtliche Erfüllungsansprüche, also sowohl im Verhältnisse vom Vertragsgegner zum Verwalter, wie auch im Verhältnisse von jenen zum Gemeinschuldner erlöschen, und daß als Rückstand des ganzen gegenseitigen Schuldverhältnisses der einseitige Anspruch des Vertragsgegners auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung übrig bleibt. Diese Wirkungen treten kraft Gesetzes ein, also auch ohne daß es einer besonders hierauf gerichteten Willenserklärung des Verwalters bedarf. Dann aber kann auch nicht dessen abweichender Wille einseitig Wirkungen hervorbringen, durch welche die Rechtsstellung des Vertragsgegners hinsichtlich des durch die Erfüllungsablehnung kraft Gesetzes eintretenden Rechtserfolges modifiziert wird.

Man wird darum der herrschenden Meinung insoweit Recht geben müssen, daß der Verwalter, wenn

er die Vertragserfüllung gemäß § 17 KO. ablehnt, nicht deren Wirkungen dahin beschränken kann, es sollten hiervon die Erfüllungsansprüche im Verhältnisse zwischen Vertragsgegner und Gemeinschuldner unberührt bleiben.

Das wird der Verwalter aber unter Umständen doch unter gleichzeitiger Befreiung der Masse von der Erfüllungsverbindlichkeit erreichen können, wenn er auf Geltendmachung der Erfüllungsansprüche für die Masse verzichtet.

Eine Ablehnungserklärung gemäß § 17 KO. ist in einem derartigen Verzicht auf keinen Fall zu erblicken; er kann daher auch nicht die Wirkungen einer derartigen Erklärung haben. Er allein kann aber auch noch nicht die Erfüllungsverbindlichkeiten aus dem zweiseitigen Vertrage im Verhältnisse zwischen Verwalter und Vertragsgegner zum Erlöschen bringen. Denn innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse kann, wie sich aus § 305 BGB. ergibt, ein Verzicht nur als Vertrag zustande kommen (so mit Recht RG. Bd. 72 S. 171). Es wird also darauf ankommen, wie sich der Vertragsgegner der Verzichtserklärung des Verwalters gegenüber verhält. Er kann sie ausdrücklich oder schlüssig annehmen oder zurückweisen. Wenn er z. B. nach der Verzichtserklärung des Verwalters diesen zur Äußerung gemäß § 17 Abs. 2 KO. auffordert, so gibt er damit zu erkennen, daß er sich auf eine von den Rechtsfolgen der §§ 17 u. 26 KO. abweichende Regelung der gegenseitigen Rechtsverhältnisse nicht einlassen wolle. Wenn er hingegen nach der Verzichtserklärung des Verwalters vom Gemeinschuldner die Erfüllung des gegenseitigen

Vertrages begehrt, so wird man hierin eine Einwilligung in den Verzicht auf Geltendmachung der Erfüllungsansprüche gegen die Masse erblicken müssen. Erklärt sich der Vertragsgegner aber auf den Verzicht des Verwalters weder ausdrücklich noch schlüssig, so wird man grundsätzlich sein Schweigen nicht als Zustimmung auslegen können. Denn man wird nur in den seltensten Fällen sagen können, es habe für ihn nach der Verkehrssitte oder nach Treu und Glauben eine Pflicht zur Äußerung bestanden. (§ 105 BGB.) Eine derartige Pflicht wird man auch aus dem Konkurszwecke nicht herleiten können, da für dessen Durchführung, d. h. für die schleunige Klärung der die Masse betreffenden Rechtsverhältnisse in § 17 KO. eine ausreichende rechtliche Handhabe gegeben ist.

In dem zuletzt unterstellten Falle ist die Rechtslage also die gleiche, wie wenn hinsichtlich der Vertragserfüllung im Konkurse eine Erklärung vom Verwalter weder abgegeben noch von ihm gefordert worden ist. Hierüber soll weiter unten gesprochen werden. (S. 61 ff.)

Ist hiernach die im Interesse der Billigkeit unter Umständen wünschenswerte Möglichkeit gegeben, daß der Verwalter die Verpflichtung zur Vertragserfüllung von der Masse ausschließt und doch den Rechtsbestand der Erfüllungsansprüche zwischen Vertragsgegner und Gemeinschuldner unberührt läßt, so wird es sich, wenn es die Billigkeit erheischt, empfehlen zu prüfen, ob die „Ablehnungserklärung“ des Verwalters stets als eine Erklärung gemäß § 17 KO. anzusehen ist.

Erklärt z. B. der Verwalter dem Vertragsgegner, er stelle ihm anheim, sich wegen der Vertragserfüllung mit dem erfüllungsbereiten und zahlungsfähigen Gemeinschuldner auseinanderzusetzen, wolle aber keine Erfüllung hinsichtlich der Masse, so wird man hierin unter Umständen eine Erklärung erblicken können, die auf das Zustandekommen eines vertragsmäßigen Verzichts auf die Erfüllungsansprüche bezüglich der Masse hinzielt. Eine derartige Erklärung wird der Verwalter zumeist dann abgeben, wenn ihm der Gemeinschuldner vorher von seinem Interesse an der Erfüllung und von dem Vorhandensein konkursfreier Befriedigungsmittel Kenntnis gegeben hat. In solchen Fällen wird man aber, auch wenn der Verwalter im Zusammenhange mit der eben als Beispiel angeführten Erklärung sich des Ausdruckes bedient, hinsichtlich der Masse „lehne er die Erfüllung ab", hierin noch nicht unter allen Umständen eine Erfüllungsablehnung gemäß § 17 KO. erblicken müssen.

Wenn nach den eben entwickelten Grundsätzen die Sachlage im Einzelfalle Anlaß zur Annahme bietet, daß ein vertragsmäßiger Verzicht hinsichtlich der Erfüllungsansprüche zwischen Vertragsgegner und Verwalter zustandegekommen ist, so gehört der gegenseitige Vertrag nicht mehr zu den konkursbefangenen Rechtsverhältnissen. Der Gemeinschuldner ist damit wieder zur Verfügung über den Erfüllungsanspruch befugt und zu dessen Geltendmachung im Prozesse aktiv legitimiert. Ein Anspruch des Vertragsgegners gegen ihn auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe usw. wird nur nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. in Frage kommen können. Der Anspruch gegen den

Gemeinschuldner auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung wird also, als erst nach der Konkurseröffnung entstanden, auch nicht als Konkursforderung geltend zu machen sein. (§ 3 Abs. 1 KO.)

Da aber, sofern nach der Sachlage das Vorhandensein eines vertragsmäßigen Verzichts anzunehmen ist, die Erfüllungsverbindlichkeiten mit Bezug auf die Masse wie im Falle des § 17 KO. erlöschen, so fragt es sich, ob der Vertragsgegner auch hieraus wie im Falle der Ablehnungserklärung eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen die Masse ableiten kann. Die Frage ist zu verneinen:

Eine Entschädigungsforderung wegen der als unmittelbare oder mittelbare Folge des Konkurses eintretenden Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages kann nach den obigen Ausführungen nur auf § 26 Satz 2 KO. gestützt werden. Diese Vorschrift gewährt jedoch eine Schadensersatzforderung nur, wenn infolge der Konkurseröffnung oder indirekt infolge der Ablehnungserklärung des Verwalters die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit auch im Verhältnisse zum Gemeinschuldner eintritt. Da diese Wirkung aber durch die in Rede stehende Verzichtserklärung oder die als solche auszulegende „Ablehnungserklärung“ des Verwalters nicht eintritt, so kann sie auch nicht die Schadensersatzforderung aus § 26 Satz 2 KO. erzeugen. Diese soll auch nur gegeben sein, wenn „infolge des Konkurses“ oder infolge der Ablehnungserklärung die Nichterfüllung eintritt. Hier aber tritt sie ein auf Grund einer Vereinbarung, nach der sowohl Vertragsgegner wie Verwalter auf Geltendmachung der Erfüllungs-

ansprüche für und gegen die Masse verzichten. Eine derartige Vereinbarung kann nicht die Wirkungen des § 26 Abs. 2 KO. zur Folge haben (so Sarwey-Bossert S. 127 Anm. 2 a. E. zu § 26, Amon S. 57).

Was den Anspruch des Vertragsgegners auf eine mit dem Gemeinschuldner vereinbarte Vertragsstrafe betrifft, so kann diese, wenn ein vertragsmäßiger Verzicht auf Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs für und gegen die Masse als vorliegend anzusehen ist, im Verhältnisse zur Konkursmasse überhaupt nicht verfallen. Denn der akzessorische Charakter der Vertragsstrafe hat zur Folge, daß sie nicht verwirkt werden kann, wenn die Verbindlichkeit, auf die sie sich bezieht, vor der Verwirkung fortfällt. (Planck Bd. 2 S. 184 No. 3 zu § 339 BGB.)

Im Verhältnisse zum Gemeinschuldner bleiben aber, da der besprochene Verzicht nur die Erfüllungsverbindlichkeit zwischen Verwalter und Vertragsgegner zum Erlöschen bringt, die Erfüllungsansprüche des letzteren bestehen. Darum könnte für ihn bei Nichterfüllung oder nichtrechtzeitiger Erfüllung der Verbindlichkeit des Gemeinschuldners an sich die Vertragsstrafe ohne Zweifel verfallen. Die Frage, ob diese auch wie im Falle des § 26 KO. als Konkursforderung geltend gemacht werden kann, bedarf aber der näheren Prüfung:

Ihre Beantwortung hängt zunächst davon ab, ob eine derartige Forderung als schon vor der Konkurseröffnung entstanden anzusehen ist. (§ 3 Abs. 1 KO.)

Die Frage ist zu bejahen. Denn, wie die herrschende Meinung mit Recht lehrt, wird schon durch

das Versprechen der Vertragsstrafe eine für den Fall der Zuwiderhandlung bedingte Forderung begründet.

So Staudinger Bd. 2 Teil I S. 298 Note II Vorbem. vor § 339; Jaeger S. 52 Anm. 15 zu § 3; vergl. auch noch Sarwey-Bossert S. 299 Anm. 1 zu § 67, die sogar die durch das Versprechen der Strafe entstandene Forderung für eine unbedingte halten.

Für die Frage nach dem Vorliegen einer Konkursforderung ist aber wesentlich, daß bei der Verwirkung der Vertragsstrafe die Erfüllung der in Frage kommenden Bedingung in der Regel vom Willen des bedingt verpflichteten, also hier des Gemeinschuldners, abhängt. Aus diesem Grunde nimmt die herrschende Meinung im Hinblick auf § 7 KO., wonach die vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, mit Recht an, daß in solchen Fällen die Vertragsstrafe überhaupt nicht mit Wirkung gegen die Masse verfallen kann.

Vergl. Jaeger S. 694 Anm. 3 zu § 62, S. 52 Anm. 15 zu § 3; Fitting S. 95, 96 § 8; auch RG. Bd. 59 S. 53 ff.

Diese Auffassung findet schon in den Motiven (bei Hahn S. 259) eine Stütze. Hier heißt es:

„Bedingungen, deren Erfüllung auf eine Tätigkeit des Gemeinschuldners gestellt sind, schließen die Forderung von der Teilnahme am Konkursverfahren gänzlich aus; jede Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner nach Eröffnung desselben vornimmt, ist in Bezug auf die Konkursgläubiger nichtig".

Danach wird zweifellos der Gemeinschuldner durch eine von ihm nach Konkurseröffnung vorgenommene positive Tätigkeit eine Forderung mit Wirksamkeit gegen die Masse nicht begründen können. Es wird

also z. B. auch eine von ihm nach Konkurseröffnung vorgenommene Zuwiderhandlung gegen ein vorher begründetes Konkurrenzverbot die Vertragsstrafe nicht zur Verwirkung bringen können. (So im Falle von RG. Bd. 59 S. 53 ff.) Das gleiche wird aber gelten müssen, wenn die Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung oder nichtgehörigen Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit versprochen ist, für deren Verfall also lediglich ein nach der Konkurseröffnung geschehenes Unterlassen des Gemeinschuldners ursächlich ist.

Denn unter „Rechtshandlung" im Sinne von § 7 KO. ist nicht nur eine positive Tätigkeit, sondern jede einen Rechtserfolg herbeiführende Willensbetätigung zu verstehen. (Vergl. Jaeger S. 101 Anm. 2 zu § 7.) Eine solche Willensbetätigung liegt aber unter Umständen auch im Unterlassen einer Leistung und zwar insbesondere dann, wenn nach dem Vertrage die Verpflichtung zur Vornahme der Leistung besteht. Indem der Schuldner die Vertragserfüllung unterläßt, betätigt er eben seinen Willen in einem der ihm obliegenden Verpflichtung entgegenstehenden Sinne. Das muß auch dann gelten, wenn er nur aus Mangel an ausreichenden Befriedigungsmitteln die Vertragserfüllung unterläßt. Denn der Geldmangel ist lediglich das Motiv, das den Willen zur Nichterfüllung in ihm zur Entstehung bringen und nach außen hin sich betätigen läßt.

Nach den vorstehenden Ausführungen kann also, sofern ein ausdrücklicher oder aus den Umständen zu schließender vertragsmäßiger Verzicht auf die Geltendmachung der Erfüllungsansprüche für und gegen die Masse vorliegt, zwar eine für den Fall der

Nichterfüllung oder nichtgehörigen Erfüllung vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung versprochene Vertragsstrafe auch nachher gegen diesen verfallen; die Forderung hierauf kann aber nicht als Konkursforderung geltend gemacht werden.

E. Der Einfluß der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf das Rechtsschicksal einer vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlung.

Hat der Gemeinschuldner beim Vertragsschlusse dem Vertragsgegner eine Anzahlung geleistet, so hat er damit eine Teilerfüllung der ihn aus dem Vertrage treffenden Verpflichtung vorgenommen. Das Recht des Verwalters zur Erfüllungsablehnung wird dadurch, daß ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung von einem Teile schon teilweise erfüllt ist, nicht berührt, da es nach § 17 KO. nur für die Fälle ausgeschlossen ist, in denen der Vertrag bei Eröffnung des Verfahrens schon von beiden Seiten vollständig erfüllt ist. Die vorangegangene Teilerfüllung ändert auch nichts daran, daß infolge der Ablehnungserklärung alle Erfüllungsverbindlichkeiten erlöschen. Aber auch hier wird dadurch der Vertrag selbst in seinem Rechtsbestande nicht berührt. Gleichwohl hält der Gesetzgeber mit Bezug auf das Rechtsschicksal der vom Vertragsgegner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits vollzogenen Leistung eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts für erforderlich, daß ein Anspruch auf Rückgabe nicht geltend gemacht werden kann. (§ 26 Satz 1 KO.) Damit ist also zum Ausdrucke gebracht, daß der rechtliche Fortbestand des Vertrages die Rückforderung einer bereits vollzogenen

Leistung begrifflich nicht ausschließt. Es muß also auch für den Fall, daß zur Zeit der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner seine Verpflichtung aus dem gegenseitigen Vertrage schon teilweise erfüllt hatte, ein derartiges Rückforderungsrecht an sich nicht ausgeschlossen erscheinen. Die Frage, ob es nach der Erfüllungsablehnung des Verwalters geltend gemacht werden kann, ist bestritten:

Oetker (ZZP. Bd. 14 S. 34 Anm. 45) verneint sie. Seine Ansicht steht im Zusammenhange mit seiner hier gemißbilligten Auffassung, daß durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht schlechthin alle Erfüllungsverbindlichkeiten erlöschen, daß vielmehr dem Vertragsgegner die Wahl bleibe, ob er Erfüllung außerhalb des Konkurses oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Konkurse verlangen wolle. Dem nähert sich auch die Auffassung Wilmowskis (S. 97 Anm. 6 zu § 17), der Verwalter könne die Anzahlung nur dann zur Masse fordern, wenn der Vertragsgegner ihn an der Ablehnungserklärung „festhalten" wolle; ohne dieses Festhalten könne dem Verwalter die Rückforderung darum nicht zustehen, weil er nicht einseitig den Vertrag aufheben dürfe, der Fall der condictio ob causam finitam also nicht vorliege. (Ähnlich Kohler S. 138 Note 1).

Auch die Rechtsprechung nimmt durchweg an, die vom Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung bewirkte Teilleistung könne nicht zurückgefordert werden.

RG. Bd. 56 S. 241, in Seuff. A. Bd. 42, No. 176; OLG. Bd. 4 S. 170, Bd. 10 S. 194; OLG. Dresden in Seuff. A. Bd. 64 S. 343 und im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 269.

Sie geht dabei davon aus, daß die Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht die Wirkungen einer Rücktrittserklärung haben könne, da der Vertrag selbst in seinem Rechtsbestande unberührt bleibe. In diesem Vertrage, so führen die Entscheidungen aus, habe die Erfüllung des Gemeinschuldners ihren rechtlichen Grund. Bei dessen Fortbestande könne mithin von einer rechtlosen Bereicherung nicht die Rede sein. Wenn zudem dem vertragstreuen Teile die Rückforderung des von ihm Geleisteten in § 26 Satz 1 KO. versagt werde, so liege kein Grund vor, den vertragsuntreuen Teil durch Gewährung der Rückforderung zu bevorzugen (so RG. Bd. 56 S. 241).

Dieses Ergebnis ist, wie das Reichsgericht selbst in einer neueren Entscheidung (Bd. 73 S. 59 ff.) — in der es allerdings zu der hier in Rede stehenden Frage des Bereicherungsanspruches nicht ausdrücklich Stellung nimmt — treffend hervorhebt, unbefriedigend. Denn es kann dazu führen, dem Vertragsgegner Vorteile zu verschaffen, die ihm selbst bei vollständiger Vertragserfüllung nicht zukommen würden.

Vgl. dafür das Beispiel bei Jaeger Anm. 46 zu § 17 S. 208.

Mit Recht wird daher überwiegend in der Rechtslehre eine Verpflichtung des Vertragsgegners zur Rückgabe der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gemachten Teilleistungen angenommen.

So Jaeger S. 207, 208, Anm. 46 zu § 17 und die dort Angeführten; Wolff S. 97 Anm. 7 zu § 17.

Zunächst ist es unzutreffend, wenn dagegen geltend gemacht wird, in der Gewährung des Bereicherungsanspruchs würde eine nicht zu begründende Be-

vorzugung des vertragsuntreuen Teiles vor dem vertragstreuen liegen. Denn, wie Jaeger treffend hervorhebt, ist im Gegenteil der Vertragsgegner insofern besser gestellt, als er nicht auf einen bloßen Bereicherungsanspruch beschränkt ist. Er kann vielmehr Ersatz seines vollen Schadens fordern und diesen unter Umständen ohne jeglichen Ausfall erlangen.

Der Gegenmeinung ist allerdings darin beizupflichten, daß ein Rückforderungsrecht nur unter dem Gesichtspunkte der rechtlosen Bereicherung in Frage kommen kann. Dagegen ist ihre Auffassung, eine solche sei bei dem Fortbestande des Vertrages ausgeschlossen, irrig:

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BGB. muß das, was ohne rechtlichen Grund erlangt worden ist, herausgegeben werden. Diese Bestimmung kann nicht in Frage kommen, wenn, wie hier, der vor der Konkurseröffnung geschlossene Vertrag, in dessen Erfüllung der Gemeinschuldner die Teilleistung bewirkt hat, seinem Rechtsbestande und Inhalte nach voll wirksam ist. Hier kann es sich nur um die Anwendbarkeit von § 812 Abs. 1 Satz 2 handeln. Danach besteht die Verpflichtung zur Herausgabe auch dann, wenn der rechtliche Grund für die Leistung später wegfällt, (condictio ob causam finitam) oder wenn der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt (condictio causa data causa non secuta).

Die Voraussetzungen der condicto ob causam finitam beim bloßen Fortbestande eines Vertrages zu verneinen, ist unzutreffend. Dabei wird nämlich übersehen, daß das Vorhandensein eines Vertrages allein nicht genügt,

um eine Leistung als rechtlich begründet erscheinen zu lassen. Denn, wer eine solche bewirkt, tut das nicht, weil er zu einem anderen in einem ein- oder zweiseitigen Schuldverhältnisse steht, sondern weil dieses ihm eine Verpflichtung dazu auferlegt. Seine Verpflichtung zur Erfüllung, nicht der bloße Vertrag, ist der Rechtsgrund der Leistung. Dieser Gedanke kommt auch im § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB. zum Vorscheine, wonach der Rechtsgrund für die Erfüllung einer Verbindlichkeit — trotz Fortbestandes des Schuldverhältnisses — dann als nicht vorhanden gilt, wenn der Anspruch durch eine peremptorische Einrede hinfällig gemacht werden kann. Ist danach kein Rechtsgrund vorhanden, wenn ein bloßes Schuldverhältnis besteht, dem keine unanfechtbare Erfüllungsverbindlichkeit entspringt, so muß das Vorhandensein eines solchen erst recht dann verneint werden, wenn eine Erfüllungsverbindlichkeit überhaupt erloschen ist. Diese Wirkung tritt aber mit der Erfüllungsablehnung des Verwalters gemäß § 17 KO. ein. Da hiernach infolge der Ablehnungserklärung die causa für die vor der Konkurseröffnung bewirkte Teilleistung des Gemeinschuldners fortgefallen ist, so wird die condictio ob causam finitam mit Erfolg geltend gemacht werden können.

Auch die condictio causa data causa non secuta müßte durchgreifen. Man kann allerdings nicht sagen, daß bei gegenseitigen Verträgen der mit der Leistung bezweckte Erfolg in der Erlangung der Gegenleistung liegt, und daß man bei deren Ausbleiben die eigene Leistung zurückfordern darf. Zweifellos aber besteht der Zweck von Erfüllungsgeschäften im Freiwerden

von der eigenen Verbindlichkeit. (So RGR. Komm. Bd. 1 S. 627 Anm. 9 zu § 812 BGB.) Dieser Erfolg kann jedoch nicht mehr eintreten, wenn infolge der Erfüllungsverweigerung des Verwalters eine Erfüllungsverbindlichkeit des Gemeinschuldners gar nicht mehr besteht. Darum muß man zu dem Ergebnisse kommen, daß nach der Ablehnung der Vertragserfüllung der Gegner mit Bezug auf die empfangene Anzahlung rechtlos bereichert ist.

Die Frage, ob der Bereicherungsanspruch vom Gemeinschuldner persönlich, oder als zur Masse gehörend, vom Verwalter geltend gemacht werden kann, wird von den Kommentaren, welche die Beantwortung im Sinne der Massezugehörigkeit anscheinend als selbstverständlich erachten, nicht erörtert. Sie ist jedoch mit Rücksicht darauf, daß der Fortfall des rechtlichen Grundes erst durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters, also nach der Konkurseröffnung eingetreten ist, nicht zweifellos und bedarf darum einer Prüfung:

Damit ein Anspruch zur Masse gehöre, ist erforderlich, daß er schon zur Zeit der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zustand. (§ 1 Abs. 1 KO.) Daß dies bei dem hier in Rede stehenden Bereicherungsanspruche der Fall ist, wird man, obwohl seine Geltendmachung erst durch den in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallenden Tatumstand der Erfüllungsablehnung ermöglicht worden ist, schon auf Grund einer Wortinterpretation des § 812 Abs. 1 Satz 2 annehmen können. Denn danach „besteht" (nicht „entsteht") die Verpflichtung zur Herausgabe des Empfangenen auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt. Daraus kann man entnehmen, daß

der Herausgabeanspruch, wie in Satz 1 schon mit der Hingabe der Leistung begründet ist, und daß lediglich dessen Geltendmachung vom Fortfalle des rechtlichen Grundes aufschiebend bedingt ist. Jedenfalls führt aber auch der in § 818 Abs. 1 BGB. enthaltene Rechtsgedanke dazu, den Bereicherungsanspruch als zur Masse gehörend zu behandeln. Denn daraus, daß die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung — und zwar ohne Unterschied, ob es sich um die condictio sine causa oder ob causam finitam handelt — sich auf die seit Empfang der Leistung gezogenen Nutzungen erstreckt, folgt, daß der spätere Fortfall des rechtlichen Grundes insofern auf den Zeitpunkt des Empfanges der Leistung zurückwirkt, als dieselbe wirtschaftliche Lage eintreten soll, als wäre die Leistung aus dem Vermögen des Leistenden, also hier des Gemeinschuldners, garnicht erfolgt. Das erscheint auch von dem Gesichtspunkte aus zutreffend, daß der Zweck der Erfüllungsablehnung als einer Verwaltungstätigkeit des Konkursverwalters in der Wahrung der Vorteile der Masse und nicht darin besteht, dem Gemeinschuldner Vermögensvorteile zuzuwenden, auf die er ohne die Vornahme der Verwaltungshandlung keinen Anspruch hätte.

Ist hiernach der Vertragsgegner dem Verwalter gegenüber zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet, so ist der Umfang seiner Verpflichtung nach § 818 Abs. 3 BGB. auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt. Hat er daher durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters, also durch dessen Tätigkeit, die für das Erlöschen der Verbindlichkeit, in deren Erfüllung die Anzahlung geleistet worden, ursächlich

ist, einen Schaden erlitten, so ist er nur insoweit bereichert, als die Anzahlung den Betrag des Schadens übersteigt. Ist er hingegen durch die Ablehnungserklärung nicht geschädigt, so muß er den vollen Betrag zur Masse zahlen.

Das Letztere trifft insbesondere dann zu, wenn der Vertragsgegner nach der Erfüllungsablehnung des Verwalters dem Erfüllungsverlangen des Gemeinschuldners stattgibt, ihm z. B. den verkauften Gegenstand übereignet und hierbei die geleistete Anzahlung dem Gemeinschuldner auf den Kaufpreis anrechnet. Denn für die Entscheidung der Frage, ob dem Verwalter nach Ablehnung der Vertragserfüllung bezüglich der vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlung des Gemeinschuldners ein Bereicherungsanspruch gegen den Vertragsgegner zusteht, ist der Umstand, daß dieser den Kaufgegenstand auf das Erfüllungsverlangen des Gemeinschuldners diesem übereignet hat, bedeutungslos. Die Anrechnung auf den Kaufpreis hat nicht den Fortfall der Bereicherung zur Folge. Es erlöschen, wie wiederholt ausgeführt, durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters die Erfüllungsverbindlichkeiten aus dem Vertrage auch im Verhältnisse vom Vertragsgegner zum Gemeinschuldner. „Erfüllen“ sie gleichwohl, so kann das nicht mehr auf Grund des ursprünglichen Vertrages geschehen. In dem Erfüllungsverlangen des Gemeinschuldners liegt daher lediglich eine Offerte zum Abschluß eines neuen Vertrages; in der Erfüllung auch gleichzeitig deren Annahme durch den Vertragsgegner. Handelt es sich aber um zwei ganz verschiedene Verträge, kann die Anzahlung also nicht eine Teilerfüllung der Zahlungs-

verbindlichkeit aus dem neuen Vertrage darstellen, so könnte darin lediglich eine Aufrechnung des Anspruchs des Gemeinschuldners auf Rückgabe der Anzahlung gegen den Anspruch des Vertragsgegners auf Zahlung des Kaufpreises liegen. Zu einer solchen Verfügung über den Bereicherungsanspruch ist aber der Gemeinschuldner nicht befugt; die Verfügung darüber steht vielmehr, wie oben ausgeführt, allein dem Konkursverwalter zu. Hat hiernach der Gemeinschuldner in Höhe der verrechneten Anzahlung seine Verpflichtung aus dem neuen Vertrage z. B. zur Zahlung des Kaufpreises nicht voll erfüllt, so ist er insoweit dem Vertragsgegner noch aus § 433 Abs. 2 BGB. verpflichtet. Bleibt aber der Anspruch des Vertragsgegners in Höhe der verrechneten Anzahlung gegen den Gemeinschuldner bestehen, so ist auch durch die Anrechnung der Anzahlung auf den Kaufpreis dessen rechtlose Bereicherung nicht fortgefallen. Der Vertragsgegner muß also auch in dem hier erörterten Falle die Anzahlung zur Masse herausgeben.

Anders ist es, wenn der Verwalter dem Vertragsgegner gegenüber auf die Geltendmachung der Erfüllungsverbindlichkeit für die Masse verzichtet, oder wenn seine auf die Masse beschränkte Erfüllungsablehnung als ein derartiger Verzicht aufzufassen ist. Da in solchem Falle die Erfüllungsverbindlichkeiten nur im Verhältnisse vom Vertragsgegner zur Masse erlöschen, hingegen im Verhältnisse zum Gemeinschuldner aufrecht erhalten bleiben, so besteht der rechtliche Grund, aus dem dieser die Anzahlung geleistet hat, nämlich die teilweise Befreiung von der eigenen Vertragsverbindlichkeit, fort. Hier wird der

Verwalter also mit seinem Anspruch auf Herausgabe der Anzahlung zur Masse nicht durchdringen können.

F. Das Rechtsschicksal des zweiseitigen Vertrages im Konkurse für den Fall des Schweigens von Verwalter und Vertragsgegner.

Die bisherigen Erörterungen haben sich lediglich mit der Untersuchung der Fragen befaßt, welche Wirkungen sich bei einem zweiseitigen Vertrage an die Erfüllungsablehnung des Verwalters oder an den gleichzustellenden Fall knüpfen, daß dieser auf die Aufforderung des Vertragsgegners hin sich nicht unverzüglich über sein Erfüllungsverlangen schlüssig macht. Daneben kommt aber auch noch die Möglichkeit in Betracht, daß der Konkursverwalter weder vom Vertragsgegner zur Erklärung über sein Erfüllungsverlangen aufgefordert wird, noch daß er aus freien Stücken ausdrücklich oder konkludent die Vertragserfüllung ablehnt oder begehrt. Wie sich die Rechtslage alsdann gestaltet, sei nachstehend untersucht:

Wird, wie oben (S. 16 ff.) ausgeführt, nicht einmal durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters der Rechtsbestand des zweiseitigen Vertrages berührt, so kann hierauf die bloße Tatsache der Konkurseröffnung erst recht keinen Einfluß ausüben.

Die Erfüllungsverbindlichkeiten aus dem zweiseitigen Vertrage erlöschen allerdings infolge der Ablehnungserklärung des Verwalters. (Vergl. oben S. 18 ff.) Diese Wirkung kann aber naturgemäß dann nicht eintreten, wenn der Verwalter die Vertragserfüllung weder ablehnt, noch vom Vertragsgegner

zur Äußerung über sein Erfüllungsbegehren aufgefordert worden ist. In diesem Falle bleibt also auch im Konkurse der Erfüllungsanspruch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien bestehen. Die Geltendmachung dieses Anspruchs kann aber von beiden Teilen erst nach Konkursbeendigung erfolgen. Denn nach § 17 KO. hat der Verwalter, sofern er nicht vorher vom Vertragsgegner zur Erklärung über sein Erfüllungsverlangen aufgefordert wird, während der ganzen Dauer des Konkurses die Wahl zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung. Soll es aber bis dahin in der Schwebe bleiben, ob der Erfüllungsanspruch des Vertragsgegners bestehen bleibt oder sich in einen einseitigen Anpruch auf Ersatz gemäß § 26 KO. verwandelt, so muß die Geltendmachung der Erfüllungsansprüche zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien während der ganzen Dauer des Konkurses ausgeschlossen sein.

So mit Recht die herrschende Meinung; vergl. z. B. Jaeger S. 211 Anm. 53, 54; Sarwey-Bossert S. 104 Anm. 7; Willenbücher S. 42 Anm. 6; Petersen-Kleinfeller Anm. 12 und Wilmowski Anm. 10 zu § 17; ferner OLG. Königsberg im Recht 1906 S. 311.

Daraus wird man folgern müssen, daß die Vertragsparteien, auch wenn sie ursprünglich für die Erfüllung der gegenseitigen Leistungen einen Zeitpunkt vereinbart haben, der während des Schwebens des Konkurses eintritt, gleichwohl bis zu dessen Abschluß nicht nach § 326 Abs. 1 BGB. gegeneinander vorgehen können. Denn, wenn sie die gegenseitigen Erfüllungsansprüche erst nach Konkursbeendigung verfolgen können, so ist damit zugleich ausgeschlossen, daß sie in rechtswirk-

samer Weise vorher einander „zur Bewirkung der Leistung“ eine Frist stellen.

Auch eine vor Konkursbeginn für den Fall der nichtrechtzeitigen Erfüllung versprochene Vertragsstrafe kann während des Konkurses dann nicht verfallen, wenn die vereinbarte Leistungszeit vor Konkursbeendigung eintritt. Denn da die Vertragsparteien, wie ausgeführt, während des Konkurses ihre Erfüllungsansprüche gegeneinander nicht zur Geltung bringen können, so kann auch in dem Unterlassen der Leistung ein Verschulden, das ja der Verzug zur Voraussetzung hat, nicht liegen.

Man kann also zusammenfassend sagen:

Die bloße Tatsache der Konkurseröffnung berührt an sich das Rechtsschicksal des zweiseitigen Vertrages überhaupt nicht; so lange sich weder Konkursverwalter noch Vertragsgegner gemäß § 17 KO. äußern, ruhen sämtliche gegenseitigen Rechtsbeziehungen; nach Konkursbeendigung leben sie aber in der ursprünglichen Gestalt wieder auf.

IV. Schluß.

Zusammenfassung der Abhandlung im Hinblick auf die Haftbarkeit des Verwalters für die Folgen der Erfüllungsablehnung.

Faßt man die bisherigen Ausführungen zusammen, so fällt besonders ins Auge, daß nicht die Konkurseröffnung für sich allein für das Rechtsschicksal eines schwebenden zweiseitigen Vertragsverhältnisses bestimmend ist, sondern daß es ausschließlich von der

Wahl der Nichterfüllung durch den Verwalter, also von dessen freier Willensentschließung allein abhängig ist. Durch die Erfüllungsablehnung kann er die Erfüllungsansprüche des Gemeinschuldners und des Vertragsgegners hinfällig machen, für den letzteren eine Forderung auf Schadensersatz oder eine Vertragsstrafe zur Entstehung bringen und ihn sogar zwingen, eine bereits vom Gemeinschuldner geleistete Anzahlung zur Masse zurückzugewähren. Er kann dies selbst dann, wenn der Gemeinschuldner im Besitze konkursfreier Mittel und geneigt ist, seinen Verbindlichkeiten aus dem alten Vertrage nachzukommen. Diese unbeschränkte Machtstellung des Verwalters kann gerade in dem letzterwähnten Falle bisweilen schädigende Wirkungen haben. Denn in solchen Fällen würde ein Anspruch des Vertragsgegners auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung und damit die Verringerung der Teilungsmasse und Erhöhung der Regreßforderung der Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner (§ 164 Abs. 1 KO.) überhaupt nicht entstehen, wenn der Verwalter die Erfüllung für die Masse verlangen und den Leistungsgegenstand dem zahlungsfähigen Gemeinschuldner gegen Erstattung des aus der Masse Gezahlten wieder zur freien Verfügung überlassen würde.

Darum sei zum Schlusse noch erörtert, inwieweit hierbei die Erfüllungsablehnung eine Haftbarkeit des Konkursverwalters zur Folge haben kann:

Voranzuschicken ist, daß zur Geltendmachung eines etwaigen Ersatzanspruches während der Dauer des Konkurses der Gemeinschuldner selbst nicht aktiv legitimiert wäre. Denn aus einer Schädigung der

Masse kann nur für die Masse ein Anspruch erzeugt werden, und deren Verwaltung ist dem Schuldner entzogen. (§ 6 Abs. 1 KO.) Darum kann im Konkurse eine Entschädigungsforderung gegen den Verwalter nur von einem neuen Verwalter geltend gemacht werden. Ist aber das Konkursverfahren aufgehoben, also keine Masse mehr vorhanden, so unterliegt auch der Entschädigungsanspruch wieder der freien Verfügung des Schuldners.

So RG. Bd. 31 S. 122; Wilmowski S. 308 Anm. 3 zu § 82; Petersen-Kleinfeller S. 371 Anm. 3 zu § 82; Wolff S. 276 Anm. 1 zu § 82.

Wenn nunmehr geprüft werden soll, ob der Gemeinschuldner nach Konkursbeendigung Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter persönlich erheben kann, so bedarf es zunächst eines Eingehens auf die Frage, worauf der Anspruch zu stützen ist:

Die Geltendmachung eines Vertragsschadens kann nicht in Frage kommen; denn ein Auftragsverhältnis — woran man denken könnte — besteht zwischen Verwalter und Gemeinschuldner nicht. Auch aus § 826 BGB. wird man grundsätzlich einen Anspruch nicht herleiten können, da wohl nie ein Anhalt dafür vorliegen wird, daß dem Verwalter bei der Erfüllungsablehnung ein sittenwidriges Verhalten zur Last fällt. Ebensowenig wird § 823 Abs. 1 BGB. Anwendung finden können; denn das Vermögen als solches gehört nicht zu den dort geschützten Rechtsgütern.

Ein Schadensersatzanspruch wird nur auf § 82 KO. zu stützen sein, wonach der Verwalter für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten, zu denen, was unbestritten ist, auch der Gemein-

schuldner gehört, verantwortlich ist. Das Maß der vom Verwalter zu vertretenden Sorgfalt ist hier aber abweichend vom Sprachgebrauche des BGB. (z. B. §§ 53, 839) nicht bestimmt. Der alte § 74 KO., an dessen Stelle der § 82 getreten ist, legte dem Konkursverwalter die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters auf. Durch die von der Novelle von 1898 vorgenommene Änderung des Wortlauts sollte die Vorschrift mit dem § 154 ZVG., der die Verantwortlichkeit des Verwalters bei der Zwangsverwaltung regelt, in Einklang gebracht (vergl. Hahn Bd. 7 S. 243), eine sachliche Änderung also nicht herbeigeführt werden (anders Wolff S. 276 Anm. 1 zu § 82). Man wird danach annehmen müssen, daß entsprechend der Regel des BGB., wonach grundsätzlich jedes Verschulden zu vertreten ist (§ 276), auch der Verwalter für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet.

So Petersen-Kleinfeller S. 370; Wilmowski S. 307; Sarwey-Bossert S. 318 Anm. 1 zu § 82; vergl. auch Fitting § 29 S. 321 Anm. 18, der auf die Analogie der Verantwortlichkeit des Pflegers aus §§ 1915, 1833 BGB. hinweist.

In der Unterlassung des Erfüllungsverlangens wird man aber grundsätzlich ein fahrläßiges Verhalten des Verwalters nicht erblicken können. Es gehört zwar zu seinen Obliegenheiten, daß er, wenn er sich über die Erfüllung oder Nichterfüllung zweiseitiger Verträge schlüssig macht, darauf bedacht ist, eine Schädigung aller Beteiligten, also auch des Gemeinschuldners, möglichst zu verhüten. Dabei hat er jedoch in der Hauptsache den Vorteil der Masse zu erstreben; es ist nicht seine Aufgabe, die für die Masse keinen Vorteil bietende Erfüllung eines Vertrages zu fordern, nur

um zu bewirken, daß der Schuldner den durch den Vertragsschluß erstrebten Leistungsgegenstand erhält. Ist aber die Erfüllungsablehnung das nach § 17 KO. als selbstverständlich vorausgesetzte, in das pflichtmäßige Ermessen gestellte Recht des Verwalters, so wird in dessen Ausübung nur ausnahmsweise und nur beim Vorhandensein ganz besonders schwerwiegender Umstände eine Fahrlässigkeit, d. h. ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB.) liegen können. (So Jaeger S. 293 Anm. 20 zu § 26.). Rechtsunkenntnis über die Wirkungen der Erfüllungsablehnung wird zwar regelmäßig auch dem Laienverwalter als Fahrläßigkeit anzurechnen sein. Das kann aber dann nicht gelten, wenn es sich um Rechtsfragen und Rechtsgrundsätze handelt, die nicht ganz zweifellos und unbestritten sind.

Vergl. RG. Bd. 34 S. 27 ff., Bd. 39 S. 98, bei Gruchot Bd. 45 S. 1183 und im Sächs. Arch. Bd. 7 S. 652.

Lebenslauf.

Am 26. April 1885 bin ich, Salo Unger, in Schildberg, Prov. Posen, als Sohn des Kaufmanns Moritz Unger und seiner Ehefrau Johanna geb. Goldmann geboren.

Ich bin Preuße und jüdischer Religion.

Ich besuchte das Königliche Gymnasium in Ostrowo und verließ es Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife.

Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, Berlin und Breslau. Hier bestand ich die erste juristische Prüfung am 22. Juni 1907. Am 24. Juli 1907 wurde ich zum Referendar ernannt. Während meines Vorbereitungsdienstes wurde ich in Konstadt O.-S. und im Übrigen in Breslau beschäftigt.

Am 10. Januar 1912 bestand ich in Berlin die große Staatsprüfung. Am 23. Februar 1912 wurde ich nach Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beim Amts- und Landgericht in Breslau als Rechtsanwalt beeidigt.